

الوَسْطِيطُ فِي تَرْجُحِ الْقَانُونِ الْمَلِكِيِّ

الجزء الأول

نُظْرَةٌ

الالتزام بوجه عام

مَصْنُوعُ الْإِلْتِمَامِ

وَلَدُ

الْحَيَاءِ التَّرَامِ الْعَرَبِيِّ

سَمِيعَت - بَنْتَان

الوسيط
في
شرح القانون المدني الجديد
نظريّة
الالتزام بوجه عام

مصادر الالتزام

العقد — العمل غير المشروع — الأثر بلا سبب — القانون

تأليف

عبد الزاق محمد السنيّه

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلومه من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

دار إحياء التراث العربي
بيروت - لبنان

كَلِمَةُ افْتِتَاحِيَّةٍ

هذا هو الوسيط أقدمه بين يدى رجال القانون أقوى ما أكون أملا فى أن
يملأ فراغا وأن يسد حاجة . وقد اعتزمت فيه بمشيئة الله أن أشرح القانون المدنى
الجديد .

والوسيط هو الوسط ما بين الوجيز والمبسوط . ولئن جمل الله فى العمر بقية ،
وأمدنى بعون من عنده ، أخرجت بعد الوسيط الوجيز ، ثم استعنت برقعة من
زملائى فى إخراج الميسر . فتم بذلك حلقات ثلاث ، ينظمها عقد واحد .
والوسيط هو واسطة هذا العقد . تجمله فيصبح وجيزاً . وتفصله فيصير مبسوطاً .
ومن أجل ذلك اخترت أن أبدأ به . فهو أوفى من الوجيز فى سد حاجات العلم
والعمل . وهو أدنى من الميسر للباحث الذى لا يملك غير وقت محدود .

وبعد فطابع القانون المدنى الجديد الاعتدال . فهو يرضى الاستقرار ، ويطاوع
التطور . والاستقرار يتمثل فى وصل الحاضر بالماضى . والتطور يتراى فى أطلع
الحاضر إلى المستقبل .

وإذنا بأن الحاضر متصل بالماضى ، عمدت فى هذا الكتاب إلى أمرين :
(أولهما) أننى طمقت أشير إلى القضاء والفقه المصريين فى عهد القانون المدنى
القديم كما لو كانا قد نبثا فى عهد القانون المدنى الجديد . وترانى أشير إليهما دون
أن أشعر القارىء بأن القانون المدنى قد تغير ، ودون أن أنبه إلى أن القضاء والفقه
للذين أسند إليهما قد قاما فى عهد القانون المدنى القديم . وأردت بذلك أن أدل

على أن ما كان يصلح قضاء وقفاً في الماضي لا يزال صالحاً حتى اليوم . فالسلسلة لم تنقطع حلقاتها ، والعهد الحاضر لا يزال متصلاً بالعهد الماضي أوثق الاتصال . وتعمدت أن أقل عن كتابي في نظرية العقد وعن كتابي الآخر في النظرية العامة للالتزامات كثيراً مما اشتملا عليه من الآراء الفقهية ومن قضاء المحاكم المصرية ، في العبارات ذاتها التي وردت في الكتابين ، بعد توفير ما ينبغي من الملاءمة ليسير الكتاب الجديد أحكام القانون الجديد . كل ذلك حتى أصل الحاضر بالماضي ، وحتى أثبت من طريق عملي أن الكتاب الذي كان يصلح مرجعاً في القانون القديم لا يزال صالحاً في كثير من نواحيه مرجعاً في القانون الجديد . فيتحقق من لا تزال خليجة من الشك تردد في نفسه أن القانون الجديد لم يؤذن بثورة ، ولم يحدث انقلاباً . وإذا كنت قد رجعت عن بعض الآراء الفقهية التي سبق لي أن اعتنقتها في الكتابين اللذين أسلفت ذكرهما ، فتلك سنة العقل البشري ، لا يقيم على خطة واحدة من النظر . فهو لا يستطيع أن يستوعب الحقائق المطلقة . ويدرك اليوم ما لم يكن يقادر على إدراكه بالأمس .

ولما كان القانون الجديد — فيما استحدث من النصوص والأحكام — لا يزال بكرة لم يرد فيه قضاء أو فقه ، فقد استعضت عنهما بما نقلت من الأعمال التحضيرية . فأرخت كل نص من نصوص القانون الجديد مذ كان النص في المشروع التمهيدى ، متعقباً إياه وقد انتقل إلى المشروع النهائى ، ثم إلى مجلس النواب ، ثم إلى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، ثم إلى مجلس الشيوخ ، حتى أصبح هو نص القانون الجديد . ونقلت ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذه النصوص . واعتمدت في كل ذلك على مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الجديد التي أصدرتها وزارة العدل في أجزاء سبعة .

وكنّت إذا ما استحدث القانون الجديد تغييراً ، أعنى كل الغنة بالإشارة إلى هذا التغيير ، فأرسم حدوده ، وأبين مداه ، وأستطرد عند الحاجة إلى بحث سريان الحكم الجديد من حيث الزمان ، فأذكر ما عسى أن يكون للنص المستحدث من أثر رجعى . وبخاصة ما يكون له من أثر فورى . وفقاً للنظريات الحديثة .

(والأمر الثانى) أنى حملت الفقه والقضاء الفرنسيين هما ، من بين سائر النظم القانونية الأجنبية ، النظام الأجنبى الذى رجعت إليه ، كما كانت الحال فى عهد القانون المدنى القديم . على أن القضاء الفرنسى لم أشر إليه إلا حيث أتابع التطور التاريخى لبعض المبادئ ، القانونية ، وإلا حيث أستكمل به القضاء المصرى . وقد عمدت أن يكون قضاؤنا المصرى هو الأصل الذى يرجع إليه ، فيكون هو القضاء البارز فى جميع بواحي الكتاب ، لا يفتى عنه القضاء الفرنسى ، بل لا يقف إلى جانبه إلا حيث تقوم الحاجة . لم أفعل ذلك زراية بالقضاء الفرنسى أو غصاً من شأنه . وإلا فهو القضاء الذى ترانا ضيوفاً فى ساحته الواسعة ، وعشنا زمناً فى رحبته الفسيحة . ولكن آن للضيف أن يعود إلى بيته ، بعد أن أقامه على عمد قوية . والقضاء المصرى فى مدى خمسة وسبعين عاماً قطع شوطاً بعيداً فى طريق التقدم . حتى أصبح من حقّه أن يظفر باستقلاله . وقد صار من الكثرة والتنوع بحيث يجد الباحث فيه لكل مسألة مرجعاً . وبلغ فى الذاتية شأواً أبعد مما بلغ الفقه المصرى . فمن واجبه الآن أن يضطلع بمسئوليته كاملة .

هذا عن اتصال الحاضر بالماضى . أما عن تطلم الحاضر إلى المستقبل ، فأيته أن القانون المدنى الجديد يفتح عهداً جديداً .

نمثل ذلك فى هذه النهضة التشريعية المباركة التى بدأت منذ سنة ١٩٣٦ ،

وقد أرسى أساسها على ماهر باشا باللجان التي ألفها لوضع مشروعات للتقنينات الرئيسية ، فناظرت هذه الحركة المثمرة المباركة قرينتها التي نبتت ستين عاماً قبلها وانتهت إلى وضع التقنينات المصرية الحديثة التي قامت عليها حياتنا القانونية ولا تزال تقوم على بعض منها حتى اليوم . فما أشبه الليلة بالبارحة ! لقد دخلت مصر بالأمس ، وفي نهضتها التشريعية الأولى ، عالم القانون الحديث ، فخطت خطوة حاسمة في مدارج تطورها القانوني . وهي اليوم ، في نهضتها التشريعية الثانية ، تخطو خطوة حاسمة أخرى ، فتنبؤاً مكاناً مستقلاً في الأسرة العالمية للقانون . وإذا كانت مصر قد استقلت بتشريعها ، فقد آن لها أن تستقل أيضاً بقضائها وبفقها . وأن هذا العهد الجديد ، الذي افتتحه القانون المدني الجديد ، لتعلن فيه مصر أنها قد اعترفت أن يكون لها قضاء ذاتي وفقه قومي .

هذه هي المرحلة الجديدة التي تخطوها مصر ، وهذه هي الآفاق الجديدة التي تطالع بها رجال القانون في هذا العهد الجديد .

لقد ظفر التشريع المصري بالاستقلال في سنة ١٩٣٧ ، وكانت معاهدة مونترية هي صك استقلاله . وظفر القضاء المصري بالتوحيد بعد انقضاء فترة الانتقال وزوال المحاكم المختلطة . فعلى القضاء المصري تقع تبعات جسيمة ينبغي له أن ينهض بها . وعلى الفقه المصري أن يكون الرائد للقضاء المصري ، يمهّد له السبيل ، ويعبد له الطريق .

وإذا كان القانون المدني الجديد قد اقتبس نصوصاً من بعض المصادر الأجنبية ، فليست هذه ، في السكثرة الغالبة منها ، غير مصادر استثناس للصياغة . أما الغالبية العظمى من أحكامه فستمد من أحكام القانون المدني القديم ومن المبادئ التي أقرها القضاء المصري طوال سبعين سنة كاملة .

وقد كتبت منذ ثمانية عشر عاماً في كتاب « نظرية العقد » : « علينا أولاً أن نحصر الفقه ، فنجمله فقهاً مصرياً خالصاً ، نرى فيه طابع قوميتنا ، ونحس أثر عقليتنا ، ففقهنا حتى اليوم لا يزال ، هو أيضاً ، يحتله الأجنبي ، والاحتلال هنا فرنسي . وهو احتلال ليس بأخف وطأة ، ولا بأقل عناءً ، من أى احتلال آخر . لا يزال الفقه المصري يتلصص في الفقه الفرنسي الهادي المرشد ، لا يكاد يتزحزح عن أهقه ، أو ينحرف عن مسراه ، فهو ظله اللاصق ، وتابعه الأمين . فإذا قدر لنا أن نستقل بفقهنا ، وأن نفرغه في جو مصري ، يشب فيه على قدم مصرية ، وينمو بمقومات ذاتية ، بقى علينا أن نخطو الخطوة الأخيرة ، فنخرج من الدائرة القومية إلى الدائرة العالمية ، ونؤدى قسطاً مما تفرضه علينا الإنسانية ضريبة في سبيل تقدم الفقه العالمي ، أو ما اصطلاح الفقهاء على تسميته بالتقانون المقارن » .

واليوم يسعدني أن أقول هنا ما أدليت به أمام اللجنة التشريعية بمجلس النواب ، وهي تنظر مشروع القانون الجديد : « أن النصوص التشريعية الواردة في هذا المشروع لها من السكيان الذاتي ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التي أخذت منها . ولم يكن الغرض من الرجوع إلى التقنيات الحديثة أن يتصل المشروع بهذه التقنيات المختلفة اتصال تبعية في التفسير والتطبيق والتطور ، فإن هذا ، حتى لو كان ممكناً ، لا يكون مرغوباً فيه ، فمن المقطوع به أن كل نص تشريعي ينبغي أن يعيش في البيئة التي يطبق فيها ، ويحيا حياة قومية توثق صلته بما يحيط به من ملابسات ، وما يخضع له من مقتضيات ، فينفصل انفصالاً تاماً عن المصدر التاريخي الذي أخذ منه ، أيا كان هذا المصدر . وقد حان الرقت الذي يكون لمصر فيه قضاء ذاتي وقعه مستقل . ولكل من القضاء والفقه ، بل على كل منهما ، عند تطبيق النص أو تفسيره ، أن يعتبر هذا النص قائماً بذاته ، منفصلاً

عن مصدره ، فيطبقه أو يفسره تبعاً لما تقتضيه المصلحة ، ولما يتسع له التفسير من حلول تفي بمحاجات البلد ، وتساير مقتضيات العدالة . وبذلك تتطور هذه النصوص في صميم الحياة القومية ، وثبت ذاتيتها ، ويتأكد استقلالها ، ويتحقق ما قصد إليه واضعو المشروع من أن يكون لمصر قانون قومي ، يستند إلى قضاء وفقه لها من الطابع الذاتي ما يجعل أثرها ملحوظاً في التطور العالمي للقانون .

تطور النصوص في صميم الحياة القومية : هذه هي مهمة القضاء والفقه في مصر منذ اليوم . ولا عذر لها إذا ما تخلينا عن هذه التبعة الخطيرة ، وتركنا الاجتهاد إلى التقليد . وإن القانون المصري الجديد ليؤذن بعهد جديد لا في مصر فحسب ، بل أيضاً في البلدين الشقيقين العربيين ، سورية والعراق . ويكفي أن يكون هذا الشرح للقانون المصري الجديد هو في الوقت ذاته شرح للقانون السوري الجديد ، فإِنَّ القانونين إلا فروق طفيفة أشرت إليها في حواشي هذا الكتاب . وهو أيضاً مرجع أساسي لشرح القانون العراقي الجديد ، فقد قام هذا القانون على مزاج موفق من الفقه الإسلامي والقانون المصري الجديد . وقد حان الوقت ليتعاون الفقهاء المصريون مع زملائهم فقهاء سورية وفقهاء العراق . ويتكاتفوا جميعاً لإرساء أساس قوى « للقانون المدني العربي » . يكون قوامه الفقه الإسلامي ، قانون المستقبل لبلاد العروبة جميعاً .

وإذا كنا نشعر اليوم بنزعة محمودة إلى تثبيت ذاتيتنا وتأكيد استقلالنا ، بعد أن صلب عودنا وشببنا عن الطوق ، فإن الواجب يقتضينا أن نذكر ذكر المعترف بالفضل والجميل مانحن مدينون به للفقه الأجنبي ، وبخاصة للفقه الفرنسي . فقد كان هذا الفقه التكتة التي عليها ترتكر ، والدور الذي به نهتدى ، ولا زلنا معذورين بفيضه حتى اليوم .

هذا والكتاب الذى أقدمه اليوم إلى القراء هو من طلائع الشروح للقانون
المدنى الجديد . فلا بد أن يكون بعيداً عن حد السكال . وما أعجلنى إلى إخراجه
إلا على أن الغاية بعيدة ، وأن العمر قصير ، وأن السكال لله وحده .

وقد تفضل صديقى الأستاذ الفاضل مصطفى كامل اسماعيل فكفل نصحيح
«التجارب» ، فعاون بذلك على إخراج الكتاب معاونة مشكورة ، تخففت بهما من
مشقة بالغة . جزاه الله عنى خير الجزاء .

وإذا كان هذا الكتاب ليس إلا خطوة متواضعة نحو استقلال الفقه
المصرى ، وقد بدت بإشائر هذا الاستقلال قبل ذلك فى كتب ورسائل قيمة
نزملاء هم فى الذروة من فقه القانون المدنى ، فإنى أرجو أن يكون الكتاب ، فى
هذا الحيز المحدود ، قد أوفى بقليل من الغرض ، وما أشتى من الفراغ ، وسد بعضاً
من الحاجة .

وبالله المستعان .

أبريل سنة ١٩٥٢

نظرة
في
التقنين المبدئي في الجبريد

كيف وضع ، وكيف يكونه تفسيره
وما استحدث من أحكام ، وما برسم من اتجاهات عامة

- ١ - تنقيح التقنين المدنى : كيف تمت فكرة التنقيح ، وكيف حلفت .
- ٢ - القواعد التي قام عليها التنقيح : كيف عولت عيوب التقنين القديم -
مصادر التنقيح وطرق التفسير في التقنين الجديد .
- ٣ - الفروع الجوهرية ما بين التقنينين الجبريد والقريم : ما استحدث
التقنين الجديد من أحكام ، وما قنته وكان معمولاً به من قبل .
- ٤ - الاتجاهات العامة للتقنين الجبريد : موقف التقنين الجديد من الاتجاهات
العامة للتقنينات الحديثة - التقنين الجديد بين الاستقرار والتطور وبين
الفرد والجماعة .

(١)

تنقيح التقنين المدني (كيف قامت فكرة التنقيح . وكيف حققت)

١ - كيف قامت فكرة التنقيح

(١) عبوب التقنين المدني القديم^(١)

المعرب الموضوعية :

يكتنف الظروف التي وضع فيها التقنين المدني القديم شيء من الغموض ، إذ لم يتخلف عنه أعمال تحضيرية تبين لنا كيف وضع . والظروف التي وضع فيها . والسياسة التشريعية التي توجبت في وضعه .

والمعروف أن : اصع التقنين المدني المختلط هو الأستاذ مانوري Manoury . كان محامياً في سبيلهم في الإسكندرية . واتخذه نوبار باشا أمين سر له . ثم عينه بعد ذلك أمين سر للجنة الدولية التي كانت تدرس مشروع إنشاء المحاكم المختلطة في مصر . وعهد إليه في وضع التقنينات المختلطة في سنة ١٨٧٢ ، فانتهى من وضعها في العام التالي (سنة ١٨٧٣) .

وقد اقتبس مانوري التقنين المدني المختلط من التقنين المدني الفرنسي ، فاختصر هذا التقنين اختصاراً محلاً في كثير من المواطن . ونقل بعض المسائل عن القضاء الفرنسي وعن التقنين المدني الإيطالي القديم الذي صدر في سنة ١٨٦٦ . ولم يغفل الشريعة الإسلامية فنقل عنها بعض الأحكام . وصدر التقنين المدني المختلط في ٢٨ من يونيو سنة ١٨٧٥ . ثم شكلت لجنة من بعض كبار المترجمين — كان فيهم

(١) انظر : أولاً لنا نشرناه في مجلة القانون والاقتصاد (سنة السادسة ، العدد الأول) في جزأين شيوخ القانون المدني ، وقد نشر قسم من هذا المقال في المجلات الذهبية للعدد الحسبي المجلد ١٠٠٠

محمد قدري (باشا) وحسين فخري (باشا) وبطرس غالي (باشا) — وقامت اللجنة بترجمة هذا التقنين وسائر التقنينات المختلطة إلى اللغة العربية .

وما لبثت حكومة ذلك العهد ، بعد إذ استقرت المحاكم المختلطة ، أن تطلعت إلى إصلاح القضاء الوطني وتنظيمه على غرار القضاء المختلط . وكان ناظر الحفانية إذ ذاك محمد قدري باشا . فتألفت في أواخر سنة ١٨٨٠ لجنة لوضع لائحة لمحاكم وطنية نظامية ، كان من بين أعضائها الأستاذ موريوندو Moriondo وهو محام إيطالي عين قاضياً في محكمة الإسكندرية المختلطة في سنة ١٨٧٥ . وبقي في القضاء المختلط حتى وصل إلى منصب وكيل محكمة الاستئناف المختلطة . وتوفي سنة ١٩١١ . وقامت هذه اللجنة بوضع لائحة لترتيب المحاكم الوطنية الجديدة صدرت في ١٧ من نوفمبر سنة ١٨٨١ . وقام أعضاء اللجنة في الوقت ذاته بوضع تقنينات لهذه المحاكم ، صيغت كلها على مثال التقنينات المختلطة . وكان من نصيب الأستاذ موريوندو أن يضع التقنين المدني الوطني . فنقله نقلاً يكاد يكون حرفياً من التقنين المدني المختلط . واشترك محمد قدري باشا مع الأستاذ موريوندو في وضع هذا التقنين .

ثم شبت الثورة العربية ، فوقفت حركة الإصلاح القضائي . ولما أخذت الثورة أعادت الحكومة النظر في لائحة سنة ١٨٨١ ، وأصدرتها معدلة في ١٤ من يونيو سنة ١٨٨٣ . ثم أصدرت التقنين المدني الوطني في ٢٨ من أكتوبر سنة ١٨٨٣ . فالتقنينات الخمسة الأخرى في ١٣ من نوفمبر سنة ١٨٨٣ . وقد وضعت هذه التقنينات الوطنية كلها باللغة الفرنسية ، ثم ترجمت إلى اللغة العربية . وقام بالترجمة يوسف وهبه (باشا) مسترشداً بترجمة التقنينات المختلطة التي سبقت الإشارة إليها . وراجعت الترجمة لجنة شكلت لهذا الغرض (١) .

وقد سجلت قوانين «الإصلاح» المختلطة والوطنية في تاريخ التقنين المصري مرحلة تقدم واسعة في العهد الذي صدرت فيه ، وقضت على كثير من مساويء

(١) انظر في الإصلاحات القضائية التي تمت في ذلك العهد : بوريللي بك القاهرة سنة ١٨٩٢ ص ٢٧ — ٢٩ — دي روزاس في نظام الامتيازات الأجنبية في الامبراطورية العثمانية باريس سنة ١٩٠٥ الجزء الثاني ص ٢٧١ وما بعدها — دي هانس جزء ١ ص ٧ وما بعدها — عبد السلام ذهنيك في مشاورة دولة جزء ١ ص ٤٣ وما بعدها . انظر كذلك في القضاء =

الماضى . ولكن البلاد بقيت تسير إلى الأمام ، فتطورت المدنية ، واستدار الزمن ، وتقدم فن التقنين ، وأصبحت مصر لا تقنع اليوم بما كانت تقنع به بالأمس ، وأخذت عيوب هذه التقنيات تظهر شيئا فشيئا . وبحسبى أن أشير هنا إشارة موجزة إلى عيوب التقنين المدني القديم .

وأول ما يعيب هذا التقنين أنه محض تقليد للتقنين الفرنسى العتيق . فجمع بين عيوب التقليد وعيوب الأصل الذي قلده . والتقنين الفرنسى قد قدم به العهد ، وهو اليوم متخلف عن العصر الذي يعيش فيه قرناً ونصف قرن . وفى خلال هذه الأجيال الطويلة ارتقى التقنين المقارن إلى مدي جعل التقنين الفرنسى فى الصف الأخير من التقنيات الحديثة . فهناك مسائل ذات خطر كبير نبتت فى العهود الأخيرة : ونمت وازدهرت فاحتوتها تقنيات القرن العشرين ، ولا نجد لها أثراً فى التقنين الفرنسى : وقد ولد فى فجر القرن التاسع عشر ، ولا فى تقنيننا المدني الذي أخذ عنه . فبدأ التعسف فى استعمال الحق ، ونظرية الاستغلال ، ونظام المؤسسات . وتنظيم الملكية فى الشيوع : وعقود التزام المرافق العامة : وعقد التأمين : وحوالة الدين : والإعسار المدني ، كل هذه المسائل الخطيرة لانعثر على نص واحد فيها لا فى التقنين الأصل ولا فى التقنين المقلد . وحتى فيما احتواه هذان التقنيتان من النظريات والأحكام ، نرى الكثير منها ناقصاً مبتوراً . ويكفى أن نشير إلى أهم نظرية فى القانون المدني وهى نظرية الالتزام : وإلى أهم باب فيها وهو باب المصادر . حتى يظهر بجلاء أن أحكام العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب وردت فى التقنين غامضة مقتضبة . فلا نجد فى أحكام العقد شيئاً عن النيابة فى التعاقد ، ولا عن الإرادة المنفردة ، ولا عن عقود الإذعان ، ولا عن الدفع بعدم تنفيذ العقد . ولا عن الحق فى الحبس ، بل نحن لا نجد فى

= المخطوط المصرى واختصاصاته التشريعية بروكسل سنة ١٩١١ ص ٨ وما بعدها — دى به
فى اختصاص القضاء المخطوط فى مصر بروكسل سنة ١٩٢٦ ص ٩ وما بعدها — مينا فى
القانون المدني المصرى المخطوط الاسكندرية سنة ١٩٢٧ جزء ١ ص ١٤ وما بعدها —
برتون فى المحاكم المخططة فى مصر سنة ١٩٣٠ ص ٩ وما بعدها — الكتاب الذهبى للعيد المحلى
المحاكم المخططة — الكتاب الذهبى للعيد المحلى للمحاكم الوطنية — فال والاكتور ماش
فى القانون التجارى المصرى سنة ١٩٢٣ الجزء الأول ص ٧١ — الدكتور رمزى سيب
فى تنازع الاختصاص ما بين المحاكم المخططة والمحاكم الوطنية القاهرة سنة ١٩٣٨ ص ١٩ وما بعدها .

مسألة من أدق مسائل العقد ، وهي مسألة تكوينه ، إلا صتما محيراً . فلا نص يبين كيف يصدر الإيجاب ، ومتى يكون ملزماً ، وإلى أي وقت ، وكيف يقترن به القبول ، ومتى وأين يتم التعاقد فيما بين الغائبين . ولا نجد في المسؤولية التقصيرية إلا عدداً قليلاً من النصوص تنكث عن أهم المسائل في هذه المسؤولية . أما في الإثراء بلا سبب فلا يوجد نص واحد يضع القاعدة العامة في هذا الموضوع الخطير (١) .

ولم يقتصر التقنين المصري على نقل عيوب التقنين الفرنسي ، بل زاد عليها عيوباً من عنده . وهو إذا كان قد تجنب عيوب هذا التقنين في بعض المسائل ، كما فعل في ترتيبه لمصادر الالتزام وفي عيوب الرضاء والهبة المستترة والتضامن في المسؤولية التقصيرية والمصرفات الفاحشة في بيع الوفاء وامتيار المقاول من الباطن ، إلا أن ما زاده من العيوب أربى بكثير على ما تجنبه منها .

ففي تقنيننا المدني القديم فضول واقتضاب . وفيه غموض وتناقض . ثم هو يقع في كثير من الأخطاء الفاحشة .

أما أن التقنين القديم فيه فضول واقتضاب فيكفي أن تصفحه لتبين ذلك في وضوح . فهو في حق الملكية ، أهم الحقوق العينية ، يقتصر على نصين اثنين ، يتحدث في الثاني منهما عن حق المؤلف ويحيل فيه إلى قانون خاص . وهو مع ذلك يتناول حق الانتفاع ، أقل الحقوق العينية خطراً وأضيقها انتشاراً في مصر ، فإذا به يفيض في نصوصه إفاضة لا يفسرها إلا أنه يقلد التقنين الفرنسي تقليداً أعمى ، حيث حق الانتفاع في فرنسا من الحقوق العينية الواسعة الانتشار بسبب قانون الميراث . ثم هو في نظرية الالتزام يفيض في المسائل التي لا حاجة للافاضة

(١) وقد كان التفكير في تنقيح التقنين المدني الفرنسي يلقى مقاومة شديدة من بعض الفقهاء ورجال القانون في فرنسا في أوائل هذا القرن . ولكن فكرة التنقيح ما لبثت أن اختبرت أمام التقدم العظيم الذي بلغه فن التقنين في القرن العشرين وأمام قدم التقنين المدني الفرنسي ووقوفه عن مسيرة التطور . فتقرر تنقيح هذا التقنين تنقيحاً شاملاً ، وشكلت لهذا الغرض في سنة ١٩٤٥ لجنة من كبار رجال القانون في فرنسا ، وعلى رأسهم عميد الحقوق بجامعة باريس الأستاذ جوليودي لا مورانديير Julliot de la Morandière ولا تزال اللجنة ماضية في عملها ، وقد أخرجت حتى اليوم أربعة أجزاء من أعمالها التحضيرية (سنة ١٩٤٥ — ١٩٤٩) .

فيها كما فعل في الالتزامات التخيرية والالتزامات التي يكون القانون مصلها ،
ويقتضب في المسائل التي هي في أشد الحاجة إلى البيان والتفصيل كما فعل في
تكوين العقد وفي الاشتراط لمصلحة الغير وفي الدعوي البوليصة وفي المسئولية
التقصيرية وفي الإثراء بلا سبب .

وفي التقنين القديم غموض وتناقض . يتفشى الغموض في كثير من نصوصه
الجوهرية . ويكفى الرجوع إلى النصوص المتعلقة بالدعوي غير المباشرة والدعوي
البوليصة والالتزام الطبيعي والشرط الجزائي والمحل والسبب والاشتراط لمصلحة
الغير والتضامن وعمل الفضيولي والحيازة ، لتبين أن هذه النصوص قلقة
غامضة لا تخلص إلى معنى مستقر ثابت . أما التناقض ما بين أحكام التقنين القديم
فهو أمر غير نادر الوقوع . إذ بينما يحمل المشتري تبعه الهلاك في بيع المثلثات قبل
التسليم ، نرى البائع هو الذي يحمل هذه التبعة بوجه عام . وقد سار التقنين القديم
التقنين الفرنسي في الأولي ، ونقل عن الشريعة الإسلامية في الثانية . وبينما لا يجوز
للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التي وقعت لغيره من لمدينين المتضامين ، إذا
به يجوز له أن يتمسك بها بقدر حصته في الدين . وفي الوقت الذي يجيز فيه التقنين
القديم الاشتراط لمصلحة الغير دون قيد . إذا به يقرر في عبارة عامة وفي غير
احتراز أن العقود لا ترتب عليها منفعة لغير عاقدتها . وينزل بالحد الأقصى
للفوائد الاتفاقية إلى ٩ في المائة . ولكنه يرتفعه في عقد القرض إلى ١٢ في المائة .
ولم يسلّم التقنين المدني الوطني من أن يتناقض في بعض أحكامه مع التقنين المدني
المختلط . فالتقنين الوطني بشرط في حوالة الحق رضاء المدين ، ويكتفى التقنين
المختلط بإعلانه . ويبيح التقنين الوطني بيع اغصولات قبل أن تنبت ، ويحرم
التقنين المختلط هذا البيع . ويجعل التقنين الوطني أقصى مدة الاسترداد في بيع
الوفاء خمس سنين . ويتقص التقنين المختلط هذه المدة إلى سنتين .

وهناك سلسلة من الأخطاء وقع فيها التقنين القديم . منها أنه أغفل أهم شرط
في التملك بالتقادم القصير . وهو شرط حسن النية . ونقل أحكام بيع المريض
مرض الموت عن الشريعة الإسلامية فوق في غلطتين : نظر إلى مال البائع وقت
البيع والصحيح أن ينظر إليه وقت الموت ، وقضى بأن العبرة بقيمة المبيع
والصحيح أن العبرة بالتقدير العادي له . وقرر أحكاماً غريبة في النفقات نقلها

عن القانون الفرنسي وهي تتنافر مع أحكام الشريعة الإسلامية . فجعل الزوجة تنفق على زوجها ، بل تنفق على زوجة أبي زوجها . وذكر أن ملكية الميع المعين بالنوع تفضل بالتسليم ، والصحيح أنها تنتقل بالتعيين . وجعل الشرط الجزائي التزاماً تخبيرياً ، والصحيح أنه يخرج من نطاق الالتزامات التخيرية . ورتب على الوفاء مع الحلول أن الدين ينقضى ويحل محله دين جديد ، والصحيح أن الدين يبقى مع انتقاله إلى دائن جديد . وزعم التقنين المدني المختلط أن القسمة منشئة للحق . والصحيح أن القسمة كاشفة لا منشئة .

العيوب الشكلية :

وفي التقنين القديم — إلى هذه العيوب الموضوعية — عيوب شكلية ترجع إلى تبويه وإلى ازدواج لغته . فتبويه واضح العيوب . إذ هو يجمع في كتاب أول بين الأموال والحقوق العينية الأصلية : وكان الواجب فصل الأموال عن الحقوق العينية ، فالأموال محل للحقوق العينية وللحقوق الشخصية على السواء . وينصل في كتابين مستقلين بين نظرية الالتزام والعقود المسماة : ولا محل لهذا الفصل . فالعقود المسماة تنصل بنظرية الالتزام أوتق الاتصال . ويخصص كتاباً رابعاً لما يسميه بحقوق الدائنين : ويخلط فيه بين التأمينات العينية وإثبات الحقوق العينية ودفاتر التسجيل ، بل هو لا يذكر من التأمينات العينية الرهن الحيازي ويورده دون غيره في العقود المسماة . ولا يشتمل على باب تمهيدي لمصادر القانون ولتطبيقه في الزمان والمكان ، ولغير ذلك من المسائل العامة .

وعيوب التبويب التفصيلي لا تقل عن عيوب التبويب العام . ففي الكتاب المخصص للحقوق العينية الأصلية نرى قيود الملكية واردة على أنها حقوق ارتفاق ، ولا نرى أثراً للملكية في الشيوع ولا للقسمة إلا بعيداً عن هذا الكتاب في المكان المخصص للشركات . وفي قانون المرافعات (م ٧١١/٦٢١ مرافعات) . ونرى قاعدة جوهرية كالعاعدة التي تنقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية موزعة توزيعاً غريباً بين التملك بالعقد (٦٨/٤٦٨) والتملك بالتقادم (م ٨٦٨-٨٧/١١٥-١١٦) وإثبات الحقوق العينية (م ٦٠٧-٦٠٨/٧٣٣-٧٣٤) . وليس ثمة أثر لأي ترتيب منطقي أو عملي لوحظ في تسلسل أسباب كسب الملكية . وفي الكتاب الثاني المخصص لنظرية الالتزام نرى

نظرية الالتزام في ذاته مشطورة شطرين توسطت بينهما أبواب ثلاثة خصصت لمصادر الالتزام . فالباب الأول من هذا الكتاب يتناول أثر الالتزام وما يدخل عليه من أوصاف . والباب الثاني يتناول أول مصادر الالتزام وهو العقد . والباب الثالث يخلط بين مصدرين مستقلين كان الواجب فصل أحدهما عن الآخر . وهما الإثراء بلا سبب والعمل غير المشروع . والباب الرابع يفيض في المصدر الأخير للالتزام وهو القانون ، مع أن هذا المصدر هو أقل المصادر حاجة إلى الانفراد بباب مستقل ، بله الإفاضة في نصوصه . ثم يعود الباب الخامس إلى نظرية الالتزام في ذاته ، فيتناول أسباب انقضائه ورتبها ترتيباً غير منطقي . وبمضي الباب السادس في إثبات الالتزام . أما انتقال الالتزام — ولا يعرف القانون القديم منه إلا حوالة الحق دون حوالة الدين — فلا تراه في هذا الكتاب أصلاً ، وإنما تجده منزوياً في الفصل الأخير من فصول عقد البيع . وفي الكتاب الثالث الذي خصص للعقود المسماة تجدد هذه العقود قد وردت واحداً بعد الآخر في غير ترتيب واضح . فيأتي بعد البيع الإيجار وهو يمزج ما بين إيجار الأشياء وعقد المقاوله وعقد العمل . ثم يرد عقد الشركة فعقد العارية ويمتزج فيه القرض بعارية الاستعمال . وهكذا تتتابع العقود دون ترتيب ، فتخلص من الوديعه إلى الكفالة ، ثم إلى الوكالة ، فالصلح ، فالهبة ، فالعارية ، فالعارية ! أما الكتاب الرابع فقد قدمنا أنه مزيج غريب يجمع ما بين حق الدائن العادي في التنفيذ على أموال مدينه ، ومن ثم رد إشارة إلى الدعوي البوليصة (٦٨٠/٥٥٦م) ، والتأمينات العينية ، وهذه لا ترد كاملة ، فالرهن الحيازي يرد في العقود المسماة كما رأينا ، وقواعد التسجيل القديمة ، وترد تحت عنوان إثبات الحقوق العينية ، ثم أحكام تفصيلية في دقار التسجيل .

وليس الأمر مقصوراً على التبويب العام والتبويب التفصيلي ، فإن الترتيب الداخلي لأحكام كل باب وكل فصل لم يراع فيه تسلسل منطقي أو اعتبار عملي . ولا حاجة للخوض في ذلك .

أما ازدواج لغة التقنين القديم فأمره مشهور . وضع هذا التقنين في الأصل باللغة الفرنسية ، ثم ترجم إلى اللغة العربية ، فكان من ذلك أن وجد أمام المحاكم الوطنية نص أصلي - يقابله نص رسمي ، وكثيراً ما يتناقض النصان . مثل ذلك التدليس ، بشرط النص العربي أن يكون صادراً من أحد المتعاقدين ولا بشرط

النص الفرنسي ذلك ، والصحيح هو النص الفرنسي ، فقد أراد المشرع المصري أن يتجنب عيباً في القانون الفرنسي بأن يجعل التدليس الصادر من الغير كالإكراه الصادر من الغير عيباً في الرضاء . وإعذار المدين ، يقرر النص العربي أن الإنذار فيه يجب أن يكون رسمياً ولا يتطلب النص الفرنسي ذلك ، والصحيح هنا هو النص العربي . والوفاء مع الحلول ، لا يشير النص العربي فيه إلى دين جديد يحل محل دين قديم ويصرح النص الفرنسي بذلك ، والصحيح هنا أيضاً هو النص العربي . واسترداد الحصة الشائعة ، لا يشترط النص العربي في الشركاء أن يكونوا أصليين ويشترط ذلك النص الفرنسي ، والصحيح هو النص الفرنسي (١) . فأنت ترى قدر الاضطراب الذي يقع من ازدواج لغة التشريع ومن عدم اضطراد القاعدة في الأخذ بأي النصين ، فتارة يؤخذ بالنص العربي ، وأخرى بالنص الفرنسي . هذا إلى أن الترجمة العربية ، وهي النص الرسمي ، يقع كثيراً أن تكون ترجمة خاطئة لم تنحر الدقة فيها (٢) .

ب) التنبيح السام :

هذه هي عيوب التقنين القديم أشرنا إليها في إيجاز لأن الكثير منها معروف . وتقنين على هذا القدر من العيوب لا يجوز التردد في القول بوجوب تنقيحه ،

(١) انظر أيضاً في التقنين الوطني المادتين ٨٤ و ٨٥ وهما خاصتان بوقف سريان المدة ، والمادة ١٣٤ وهي خاصة بالغلط ، والمادة ٢٧٠ وهي خاصة بتسجيل عقد البيع .
(٢) انظر أمثلة لتلك في التقنين الوطني المواد ٩٤ و ١٣٤ و ١٣٦ و ١٦٧ و ١٩١ و ٢٠٩ و ٢٦٢ و ٢٦٥ و ٢٧٠ و ٣٨٣ و ٤٩٩ و ٥٣٨ و ٥٣٩ (الغموض) — ٨٤ و ٨٥ (الخطأ) .

هذا إلى أن النص العربي قد نقض في عدم الدقة في التعبير وركاكة الأسلوب . والأشبه على ذلك كثيرة . فالإلغاء لفظ يراد به البطلان (م ٤٨ و ٥٣ و ٤٦٠) ، والقمل هو العمل القانوني (م ١٤٣) ، والمفاوضة هي المقايضة (م ٣٥٦ وما بعدها) ، والمبرى هو الدولة (م ٧٣٠ و ٥٧٠ و ٦١٤) ، ووضع اليد هو الاستيلاء (م ٤٤٤) ، وإضافة الملحقات للملك هي الالتصاق (م ٤٤٤) ، والمدائن هو الدائن (م ٥٣ و ٦٤ و ١٩٨ و ٤٦٠ و ٤٦١) ، والمشاركة هي المقد (م ١٢٨ و ١٣١ و ١٣٢ و ١٣٥ و ١٣٨ و ١٤١ و ١٤٢ و ٣٦٠) ، والملزومية هي الالتزام (م ٣٠٢) . ويعبر القانون القديم عن الشيء الذي لا يفترض فيقول « لا يحكم فيه بالظن » (م ١١٥) ويقول يتحمل ويتحمل بدلاً من يحصل (م ١١٧ و ١١٨ و ١٣١ و ١٧٦ و ١٧٩ و ١٨٧ و ٢١٥ و ٢١٦ و ٢٨٠ و ٥٥٤ و ٥٦٩ و ٥٩٠ و ٥٩٦ و ٥٩٩) ، ويعبر عن السيد يستقدم الخادم استناداً خامراً بأن السيد « قد استعصر الخادم بالخصوص » (م ٤٠٣) إلخ .

وبتفقيحه تنقيحاً شاملاً . فالتنقيح الجزئي لا يجدي في إصلاح عيوب انتشرت في جميع ثنابا التقنين ، وشاعت في كل أجزائه . وقد كان التنقيح الشامل هو المبدأ المقرر في جميع اللجان التي توالى على تنقيح هذا التقنين ، يبرز هذا في وضوح من الرجوع إلى أعمال هذه اللجان ، ومن الرجوع إلى المذكرة الرسمية التي كانت أصلاً في تأليف اللجان جميعاً .

والتقنينات متى قدمت ، وطال بها العهد ، واختلف عليها الزمن ، لا يجدي فيها الترقيع . وبحسبك أن تنظر إلى التقنين المدني النمساوي ، وقد وضع في سنة ١٨١٠ ، ثم نقح تنقيحاً جزئياً في أوائل الحرب العالمية الأولى ، تراه رثاً مهلهلاً يطالعك فيما بين ثناباه القديمة البالية يقطع مرقعة تلمح فيها الجدة ، فتعجب من هذا الازدواج الغريب ما بين القديم والجديد ، ويفجؤك منه ضروب من المفارقات وانعدام التنسيق والانسجام . وهذا هو السر في عدم انتشاره وجهل الناس به ، مع أنه من أهم التقنينات الجرمانية . ويمكن أن تقارن بينه وبين التقنينين الجرمانيين الآخرين ، الألماني والسويسري ، حتى تبين أنهما يمتازان كثيراً في الفصاك والانسجام ، وإحكام الحبك ، وكمال الصنعة

وقد عمد واضعو المشروع الفرنسي الإيطالي إلى التنقيح الشامل دون التنقيح الجزئي ، فظلموا على الناس بأثر تشريعي جليل . وهكذا صنع الإيطاليون عند ما نقحو تقنينهم المدني في العهد الأخير ، فجاء تنقيحهم شاملاً جامعاً . وهذا هو ما اعتزم الفرنسيون أن يصنعوا ، فهم اليوم ينقحون تقنينهم المدني العتيق تنقيحاً شاملاً ، بدأوا العمل فيه منذ سنة ١٩٤٥ — فإذا كان كل من التقنين الإيطالي والتقنين الفرنسي في هذه الحاجة إلى التنقيح الشامل ، وقد نقح أولها فعلاً وأخذ الثاني طريقه إلى التنقيح ، فما أولي التقنين المصري بالتنقيح الشامل وهو الذي جمع إلى عيوبه الذاتية عيوب الأصل الذي حاكاه .

والآن وقد تم التنقيح ، واستوي التقنين الجديد متخذاً مكانه بين التقنينات الحديثة ، أريك منه أن جاء تنقيحه تنقيحاً شاملاً ؟ وهل كان يجدي فيه التنقيح الجزئي ؟ وأن كانت النصوص الجديدة تجد مكانها بين نصوص التقنين القديم ، وهي لا تنقل في العدد عن هذه ، وكلها بين نص واضح الضرورة ونص عقق النفع ؟ ثم أما كان التنقيح الجزئي يفرص بقاء التقنين على تقسيمه القديم

بما حواه من عيوب ، وعلى تبويبه الأصلي بما شابه من نقص ، وعلى ترتيبه المهود بما اعتوره من خلل ! (١) .

جـ (الظروف التي نبت فيها فكرة التنقيح :

نبت فكرة تنقيح التقنين المدني منذ عهد بعيد . وقد كان التقنين القديم منذ صدوره محلاً لتعديلات جزئية متفرقة (٢) .

(١) وقد عرضت «لجنة القانون المدني» لمجلس الشيوخ لهذه المسألة في تقريرها القيم الذي رفعت له المجلس فقالت : «ويراعى من ناحية الموضوع أن مدى الإضافة ومبلغ التنقيح في الأحكام التفصيلية هما العنصران اللذان يتحكمان بصفة قاطعة في أمر المفاضلة بين الأسلوبين المتقدم ذكرهما (التنقيح الشامل والتنقيح الجزئي) . فالتقنين الحال لم يتضمن إشارة إلى حكم تعاقب التشريعات في الزمان ، ولم يفرد لتنازع القوانين سوى مواد ثلاث . إحداها تتعلق بالمواريث والثانية بالوصايا والثالثة بالأهلية . ولم يشتمل على قواعد عامة في شأن الشخصية المعنوية ، ولم يورد أحكاماً عامة أو خاصة في صدد حوالة الدين أو عقود المفاولات أو الترامات المرافقة العامة أو عقد العمل أو الحكر أو إيجار الوقف أو تنظيم الإعمار أو تصفية التركات . وإذا لم يحظ أن المواد التي تنظم هذه المسائل يربى عددها في المشروع على نصف عدد مواد التقنين الحال القديم وأن الارتباط بينها وبين سائر المسائل التي يتناولها التقنين المدني لا يسوغ معه استصدار تشريعات خاصة بالنسبة إليها ، رجحت كفة التعديل الشامل على نحو لا سبيل إلى الشك فيه . ونقطة موسوعات أخرى أجل التقنين الحال (القديم) الأحكام المتعلقة بها إجمالاً أدخل في معنى الانقضاء ، كمنكوبين العقد والدعوى البولسية والاشتراط لمصلحة الغير والمسئولية التعاقدية والمسئولية التصهيرية والحراسة والملكية الثابتة وملكية الطابق ورهن الحيازة وحق الاختصاص . وتفصيل مثل هذه الأحكام على تشعبها لا يجدي فيه أى تعديل جزئي إلا إذا أريد التناقص ١٤ بلائها من عيب في غير حاجة أو مصلحة . والواقع أن الأمر لا يتعلق بمجرد التفصيل لإزالة الإيضاح أو إزالة الإبهام ، ولكنه يتصل باستكمال أحكام ترتب على قصورها في كثير من الأحيان اختلاف المحاكم واضطراب المعاملات . ومن المحقق أن حكم هذا الخلاف من طريق التزوية صراحة بالحكم لا يتيسر مع تعدد الحالات وكثرتها على الوجه الذي تقدمت الإشارة إليه إلا بالتعديل الشامل . وقد راعت اللجنة فضلاً عن ذلك أن التعديل الشامل يبين على إعادة تبويب القانون تنوياً متطابقاً يبرر نواحي الارتباط والتقابل بين الموضوعات ويسير الجمع بين أطراف مسائل انتشرت أحكامها في التقنين الحال دون نظام رغم ما بين أجزائها من وتيق الصلات . فهذا التعديل الشامل تيسر للمشروع أن ينهج هذا النهج المنطقي المنسق في التبويب ، وأن يؤصل الأحكام المتعلقة بالحيازة والحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ واليابة في التعصاف وحقوق الارتفاق وحقوق الامتياز . ففي ذلك ما يبين على تقريب الأحكام من الأذهان ويسير فيها وتطبيقها .» (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٣٤ — ١٣٥) .

(٢) ومن أقدم هذه التعديلات ما قضى به الأمر العالي الصادر في ٣ سبتمبر سنة ١٨٩٦ =

وألفت لجنة أثناء الحرب العالمية الأولى للنظر في إلغاء الامتيازات الأجنبية ، وكان فيما فكرت فيه تنقيح القانون المدني .

على أن التنقيح الشامل لم يكن محلاً للتفكير في تلك العهود . ولكن التطورات العميقة التي ساقها الحرب العالمية الأولى مالبثت أن جعلت هذه المسألة الخطيرة تطرح على بساط البحث . فناقشها كبار المشتغلين بالقانون المصري من الأجانب في ذلك الوقت ، نذكر منهم أربعة : الأستاذ بيولا كازيللي (١) والأستاذ مسينا (٢) والأستاذ والتون (٣) والأستاذ بوايه (٤) . فكان الأولان من خصوم التنقيح الشامل ، والأخيران من أنصاره (٥) .

وأول تصريح رسمي حاسم في اعترام الحكومة تعديل التقنين المدني والتقنينات الأخرى تعديلاً شاملاً ورد في الخطاب الذي ألقاه وزير الحقانية في

== من تحويل حق أمحلب الألبان الحراجية إلى ملكية تامة . وكذلك الأمر العالي الصادر في ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ بشأن الترع والجسور العمومية والساقى الخاصة ، وهو قانون يكمل للتقنين المدني لامتد له . وصدر في ٢ ديسمبر سنة ١٨٩٢ أمر عال يقص سعر الفوائد القانونية إلى ٥٪ في المواد المدنية (وكانت ٧٪) وإلى ٧٪ في المواد التجارية (وكانت ٩٪) ، ثم صدر مرسوم بقانون في مارس سنة ١٩٣٨ ينقص سعر الفوائد الاتفاقية إلى ٨٪ مع جواز خفضها إلى ٧٪ بمقتضى مرسوم . وصدر أمر عال في ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٦ يعدل التقنين المدني المختلط فيلغى الرهن القضاة ويستعفى عنه بحق الاختصاص . وصدر في ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ (بالنسبة إلى القانون المختلط ، وفي ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ بالنسبة إلى القانون الوطني) قانون مستقل يعدل أحكام الشفعة — انظر أيضاً ذكرينو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ بتعديل المادة ٧٤١ مختلط الخاصة ببيع الديون المتأخرة على المقار ، وقانون رقم ٢٧ سنة ١٩١٢ بتعديل المادة ٥٤ مختلط الخاصة بحق المجرى والسيل ، وقانون ١٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ بتعديل المادة ٦٩٢/٥٦٨ الخاصة بالفوائد التي يفسنها قيد الرهن . وصدر قانونان رقم ١٨ ورقم ١٩ سنة ١٩٢٣ لتعديل أحكام التسجيل ، وقانونان رقم ٤٩ ورقم ٥٠ سنة ١٩٢٣ لإبطال بيع الوفاء الذى يحظى رهن حيازة ، وقانون رقم ٤٨ سنة ١٩٣٣ لطرح البحر وأسكه ، وقانون رقم ٧٩ سنة ١٩٣٣ لحماية الدائن المرتهن .

(١) مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٩ عدد ٤٢ وسنة ١٩٢١ عدد ٥٧ .

(٢) مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٢١ عدد ٥٩ .

(٣) مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٦ عدد ٢٦ .

(٤) مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣٠ ص ٢٧ — ص ٢٩ .

(٥) أنظر تفصيل ذلك في مقال لنا نشر في مجلة القانون والاقتصاد في تنقيح القانون المدني (النة السادسة العدد الأول) وهو المقال الذى سبقت الإشارة إليه .

عيد الاحتفال الحسينى بالحاكم الوطنية فى سنة ١٩٣٣ (١). وعلى أثر ذلك انطلق الشعور العام الذى كان سائداً فى ذلك الوقت بين رجال القانون من المصريين ، فنادوا بوجوب تنقيح التقنين المدنى تنقيحاً شاملاً (٢) .

ثم نالت الأحداث السياسية ، وأخذت الحرب العالمية الثانية تقرب . ومال الإنجليز إلى عقد معاهدة مع مصر استعداداً لهذه الحرب . وقبل أن تعقد معاهدة سنة ١٩٣٦ ، بوقت الوزارة التى كانت قائمة فى الحكم إذ ذاك — وزاره على . ماهر باشا — أن هذه المعاهدة لا بد أن تعرض للامتيازات الأحسية ، وأن تقضى بإلغائها . فقدرت بحق أن إلغاء هذه الامتيازات يقتضى تعديل التقنينات المصرية التى وضعت على عجل وقت إنشاء المحاكم المختلطة ، ونقلت نقلاً يكاد يكون حرفياً إلى المحاكم الوطنية عند إنشائها . فأخذت للأمر أهيته ، وشكلت لجنتين ، إحداهما لتعديل التقنين المدنى والتقنين التجارى وتقنين المرافعات ، والأخرى لتعديل التقنين الجنائى وتقنين الإجراءات الجنائية .

٢ — كيف حققت فكرة التنقيح

(اللجان التى تعاقبت على تنقيح القانون المدنى)

اللجنة الأولى :

وكل إذن إلى إحدى اللجنتين اللتين أشرنا إليهما تنقيح القانون المدنى تنقيحاً شاملاً . وكانت هذه اللجنة برئاسة مراد سيد أحمد باشا ، وأعضاؤها سبعة غير

(١) وقد جاء فى هذا الخطاب ما يأتى : « أما من حيث التشريع فإن القوانين التى وضعت عند إنشاء المحاكم الأهلية قد نالها الكثير من التعديل والتهذيب لتكون ملائمة لحالة البلاد وتطورها . وهناك فيه فى مراجعتها كلها وتعديل ما يجب تعديله منها حتى تضارع أحسن القوانين فى البلاد المتقدمة ، وستؤلف لجنة خصباً لهذا الغرض من رجال خبيرين أكفاء . (انظر الكتاب الذهبى للعبد الخسيسى للمحاكم الوطنية ١ ص ٧) .

(٢) وقد عبر الفاعل الذى نصرناه بمناسبة العيد الحسينى للمحاكم الوطنية فى وجوب تنقيح القانون المدنى عن هذا الشعور ، جاء فيه ما يأتى : « وإذا كان خصوم التنقيح وأنصاره من الأجانب متأثرين باعتبارات مختلفة ، فنحن نحب أن نكون لخصم صوتها فى هذا الشأن الخطير ، ونعتقد أننا نعلم بأمانة عن رأى المصريين المشتغلين بالتأنيؤ إذا قلنا إن التنقيح المدنى المصرى فى أشد الحاجة إلى تنقيح شامل جامع » .

١٩٣٦ (١) وقد شكلت بقرار من مجلس الوزراء صدر في أول مارس سنة ١٩٣٦ . وحدد المجلس عامين للجنة لكي تنم في خلالها أعمالها ، واشترط نفع أعضاء اللجنة ومعاونيهم للمهمة التي نيطة بهم تفرغاً تاماً في نظير مكافآت مالية تعرضهم عن جهودهم .

وعقدت اللجنة الأولى في المدة ما بين ٢١ من مارس سنة ١٩٣٦ . تاريخ افتتاح عملها الرسمي . و٢٦ من مايو سنة ١٩٣٦ ، تاريخ حلها . عشر جلسات وزعت في خلالها العمل على الأعضاء ، وانتهت إلى إقرار بعض النصوص التمهيدية للقانون المدني على أساس المشروع الذي تقدم به الأستاذ لينان دي بلفون أحد أعضائها . وهي تتعلق بمصادر القانون ، بتنازع القوانين . وقد استبقى المشروع التمهيدى للقانون المدني الجديد من هذه النصوص أربعة هي المواد الأولى فيه ، وكذلك استبقى مشروعاً قدمه للجنة الأستاذ لينان دي بلفون في الأشخاص المعنوية والجمعيات والمؤسسات بعد إدخال بعض تعديلات فيه .

ولكن اللجنة الأولى لم تكدر تقضى في عملها شهرين حتى صدر قرار من مجلس الوزراء في ٢٦ من مايو سنة ١٩٣٦ بحلها اقتصاداً في النفقات ! وكان ذلك على أثر تغير الوزارة . وقد أنجزت هذه اللجنة — عدا النصوص التمهيدية في القانون المدني التي سبقت الإشارة إليها — ما يقرب من ثمانين مادة من القانون التجارى تتعلق كلها بالكيمياء وأوراق الصرف (٢) .

(١) ومم صليب ساي (باشا) وموسيو لينان دي بلفون ومستر مري جراهام ومحمد كامل مرسى (باشا) وموسيو موريس دي فيه وموسيو الفريد واسكولى وعبد الرزاق أحمد السهورى (باشا) .
(٢) ورد في مذكرة لوزير العدل تقدم بها إلى مجلس الوزراء في ١٦ يونيو سنة ١٩٣٨ (سنعود إليها فيما يلي) عن هذه اللجنة الأولى ما يأتي : « في ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٦ تقدمت وزارة الحفانية إلى مجلس الوزراء بمذكرة نوهت فيها بما تحمى البلاد من تخلف قوانينها المدنية والتجارية عن مسايرة التقدم الاجتماعى ، وبالرغبة المتزايدة في توحيد التشريعات الأهلية والمختصة . وأشارت بوجوب تنقيح تلك القوانين وتأليف لجنة خاصة يعهد إليها بهذه المهمة . وقد وافق مجلس الوزراء على هذه المذكرة ، وقرر في أول مارس سنة ١٩٣٦ تأليف اللجنة التي اقترحتها وزارة الحفانية وأقام نظامها على الأسس الثلاثة الآتية : تحديد مدة الاستمارة من العمل ، وتفرغ الأعضاء وأعاونهم له ، ومكافأتهم على جهودهم . وإلا فبح أن مجلس الوزراء في هذا العهد كان بصيراً كل البصر بخضار هذا العمل التشريعى وما يدر تأثره من الخلل ، وكان يدرك تمام الإدراك أن حرص الفاضلين على بلوغ الكمال أو الدوام قد يفريهم بعدم التقيد بزمان معين للتفرغ من مهمتهم . ولما كانت حاجة البلاد إلى الإصلاح التشريعى قد بلغت و —

اللجنة الثانية :

وبقي العمل معطلا بعد حل اللجنة الأولى إلى أن صدر في ٢٠ من نوفمبر سنة ١٩٣٦ قرار من مجلس الوزراء بتشكيل اللجنة الثانية برئاسة كامل صدقي (باشا) ومعه عشرة أعضاء (١) . على أسس تغير الأسس التي قامت عليها اللجنة الأولى ، فلم تحدد لنهاية العمل مدة وألغى نظام التفرع والمكافآت . وقد طرح من اختصاص هذه اللجنة قانون المرافعات المدنية ، وعهد إليها بمهمة من القانون المدني وقانون التجارة البري والبحري . بوضع قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين .

وعقدت اللجنة الثانية في المدة ما بين ٢٠ من نوفمبر سنة ١٩٣٦ تاريخ تشكيلها و ٢١ من يولية سنة ١٩٣٨ تاريخ حلها ما يقرب من عشرين جلسة . انتهت فيها إلى الموافقة على النصوص التمهيدية والنصوص المتعلقة بالموطن والشفعة والكفالة وقد استبقى المشروع التمهيدى للقانون المدني الجديد من هذه الأعمال النصوص المتعلقة بالشفعة بعد مراجعتها والنصوص المتعلقة بالكفالة بعد إدخال تعديلات جوهرية فيها (٢) .

== إلحاحها ملما لا يتيح الإسراف في الأناة ، بعد حدد قرار مجلس الوزراء عاهي للجنة لكي تتم في خلالها أعمالها . وإذا كانت هذه المدة قصيرة بالنسبة لحسامة العمل الذي أسند إلى اللجنة ، فقد اتخذت الإجراءات التي تكفل إتمامه على الوجه الأكمل رغم قصر الأجل ، فاشتراط أولا تفرغ أعضاء اللجنة ومعاونتهم للمهمة التي نيبت بهم تفرعا تاما . لذلك تقرر منهم من القيام بأعمال وظائفهم الأصلية من طريق الانتداب الكامل ، كما حرم على أصحاب المهن الحرة منهم أن يزاولوا مهنتهم . ولما كان هذا العمل يتطلب رغم التفرغ جهدا إضافيا من القائمين به ، فقد قرر مجلس الوزراء منح أعضاء اللجنة وأعاونتهم من الكرتيرين الفنيين والإداريين مكافآت مالية تعوضهم عن جهودهم وتحفزهم على الحرس على إتمام العمل في الأجل المضروب . وعلى هذه الأسس الثلاثة : تحديد الزمن والتفرغ والكفالة ، تم تشكيل اللجنة

(١) ومم صليب سامي (باشا) وعبد الفتاح السيد بك ومصطفى الشوربجي بك ومحمد فؤاد حسي بك والمستر مري جراهام ومحمد كامل مرسى (باشا) وموسيو موريدي في شيفالييه انطونيو بنتا وموسيو ليون باسار وموسيو فان أكر .

(٢) وقد ورد في مذكرة وزير العدل التي تقدم بها إلى مجلس الوزراء في ١٦ يولية سنة ١٩٣٨ عن هذه اللجنة الثانية ما يأتي : وفي ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ قدمت إلى مجلس الوزراء مذكرة أشارت إلى أن لجنة تعديل القوانين المدنية والتجارية تكلف الدولة عتبا ماليا باهضا ، فهي تكبد الخزانة ما يزيد على ٤٨٠٠٠ جنيه وانتهت إلى وجوب إعادة تشكيل اللجنة على =

اللجنة الثالثة والاغلبية :

وفي ١٦ من يونية سنة ١٩٣٨ تقدم وزير العدل أحمد خشبة باشا - وكانت الوزارة قد تغيرت - بذاكرة إلى مجلس الوزراء أبان فيها أن اتجاه المشتغلين بصناعة التشريع يكشف عن ضعف إيمانهم بصلاحيه نظام اللجان للبدء بأعمال التفتين ، كما أن التجربة في أكثر البلاد تقطع بفسادها وبأفضلية إسناد مهمة وضع التفتين إلى أحد رجال القانون ، حتى إذا فرغ من وضع مشروع تمهيدى طرح هذا المشروع على الرأى العام ، فإذا اجتمعت ملاحظات الأفراد والهيئات عليه عهد به إلى لجنة تتولى مناقشته وتقويم عوجه . واقترح وزير العدل أن يعهد فى وضع المشروع التمهيدى للقانون المدنى إلى اثنين من المشتغلين بالقانون يختار أحدهما من المصريين والآخر من الأجانب ، على أن يتفرغا لعملهما وبتماه فى مدى ستة شهور .

وفي ٢١ من يونية سنة ١٩٣٨ وافق مجلس الوزراء على ماجاء بذاكرة وزير العدل ، فحلت اللجنة الثانية بهذا القرار . وفى ٢٨ من يونيه سنة ١٩٣٨ أصدر وزير

== أسس تناقض الأسس الأول، فلم تحدد لهأية العمل مدة، وألغت نظام المهرع ، وألغت المكافآت ثم صدر فى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٦ قرار من مجلس الوزراء بتشكيل اللجنة الثانية . على أن عقد مقارنة عاجلة بين اللجنتين نتيج الوقوف على عيب الأسس التى قام عليها نظام اللجنة الثانية . ففى حين أن اللجنة الأولى أبدت نشاطاً فذا فى عملها ، إذ عقدت فى مدة شهرين عشرين جلسات أتمت فى خلالها ما يقرب من نصف القانون التجارى فضلا عن بعض نصوص القانون المدنى ، نجد أن اللجنة الثانية بطيئة فى عملها ، لم تقدم فى خلال ما يقرب من عامين إلا عشرين جلسة ، ولم تنته إلا من تعديل أجزاء محدودة من التفتين ، هى النصوص التمهيدية ، والنصوص الخاصة بالمواطن . والواقع أن هذا العارق البعيد لا يرد إلا إلى أن اللجنة الثانية أقيمت على أساس اعتبار مهمة التعديل التشريعية مهمة ثانوية يتولاها الأعضاء فضلا عن أعباء أعمالهم العادية دون مقابل . لذلك لم يتح لها الإكثار من الكفايات العقيمة والكفايات التى توفرت على خبرة خاصة بشؤون التفتين . ثم أن شعور الأعضاء بتفصلهم بذلك العمل لم يكن يتفق مع تحديد فترة معينة يتدون فى خلالها مهمتهم . بيد أن تجربة الأمم التى سقت مصر فى ميدان التفتين قد دلت على أن هذا العمل يجب أن يحدد له أجل معين ، وبفضل الأجل القصير فى هذه الأحوال ، لأن الروابط الاجتماعية فى تطور مستمر ، فلو أميل أجل التعديل اتقدر له أن يظل متخلفا عن كل ما يستجد من ظروف الحياة . ونحن الوقوف عند ضرورة تحديد الأجل وقصره بفضى لزاما إلى وجوب تفرغ من يعهد إليهم بنأث التفتين لهذه المهمة ووجوب توفرهم على ما تناسه من كفايات خاصة .

العدل ، تنفيذاً لقرار مجلس الوزراء ، قراراً بإسناد مهمة وضع المشروع التمهيدى للقانون المدنى لإثنين من رجال القانون أحدهما الأستاذ إدوار لامبير من أكبر رجال الفقه فى فرنسا ، والثانى مؤلف هذا الكتاب (١) .

والى هذا الإجراء الحكيم الذى اتخذه وزير العدل - لجنة قليلة العدد لا تتجاوز اثنين تتفرغ لعملها تفرغاً تاماً (٢) - يرجع الفضل فى إنجاز المشروع التمهيدى فى قرابة عامين ، وقد بلغت مواد هذا المشروع ١٥٩١ مادة ، وتم طبعه فى سنة ١٩٤٢ (٣) . وعرضته وزارة العدل للاستفتاء على رجال القضاء وأساتذة

(١) جاء فى تقرير لجنة القانون المدنى ، مجلس الشيوخ ما يأتى (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٢١) : ولقد بدأت الجبود فى تعديل القانون المدنى منذ سنة ١٩٣٦ . فى تلك السنة شكلت أول لجنة . وفى سنة ١٩٣٨ ناضت وزارة العدل (بمضرة صاحب المعالي) عبد الرزق السنهورى بأشأ مهمة وضع مشروع لتعديل القانون المدنى . وفى سنة ١٩٤٢ تم إعداد المشروع ، وقدمته وزارة العدل إلى رجال القضاء وأساتذة القانون وسائر الهيئات للدلالة بالرأى فيما تضمن من أحكام . ولم يرد فى التقرير ذكر الأستاذ إدوار لامبير . وإذا كان الفقيه الفرنسى الكبير لم نواته الفرصة أن يقيم فى مصر مدة طويلة ، إلا أنه اشترك اشتراكاً جدياً فى الأعمال الأولى ، وقام وحده بوضع بعض نصوص الباب التمهيدى ونصوص عقود القالة والالتزام المرافق العامة والعمل والتأمين .

(٢) وقد عاون اللجنة الدكتور حلمى بهجت بدوى فاشترك فى أعمالها الأولى ، ثم جدت ظروف قطعه عن العمل ، وأستاذان استنوبت وساسى اللذان كانا قاضيين بالمحاكم المختلطة ، فوضع الأول منهما المشروع الابتدائى للباب الخامس بآليات الالتزام وللفصل الخامس بعقد الشركة ، وعاون الثانى فى وضع النصوص الخاصة بتنزاع القوانين من حيث المكان .

ونألفت سكرتارية نية للجنة قوامها : الدكتور سليمان مرقص وقد اشترك فى أعمال المراجعة ووضع المشروع الابتدائى للنصوص الخاصة بتقسيم الأشياء وعقود القرض والعارية والوديعة ، والأستاذ عبده محرم بك وقد اشترك فى أعمال المراجعة ووضع المشروع الابتدائى للنصوص الخاصة بالمحراسة ، والدكتور محمد زهير جرائنة وقد وضع المشروع الابتدائى لعقود الصلح والإيراد المؤقت والزهان والقامرة ، والدكتور شفيق شحاتة وقد اشترك فى أعمال المراجعة وبخاصة ما تعلق منها بالفقه الإسلامى . ووضع مشروعاً أولاً للنصوص الخاصة بمحوالة الدين الأستاذ محمد صادق فهمى بك ، أعادت اللجنة النظر فيه ، وراجعته مراجعة شاملة .

واستعانت اللجنة فى بحث القضاء الوطنى بفريق من قضاة المحاكم الوضعية هم الأستاذة محمد عزمى بك وعبده محرم بك وأحمد زيد بك وعبد العزيز محمد بك ونجيب أحمد بك .

(٣) وضع المؤلف المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى أجزاء أربعة . وقد وضع الجزء الثانى منها الخامس بنظرية الالتزام باللغة الفرنسية حتى يتفهم علماء القانون الأجانب عمل اللجنة فى أهم جزء منه . وترجم هذا الجزء إلى اللغة العربية الدكتور حسن أحمد بغدادى ، كما عاون فى وضع الجزء الأول الخامس بالباب التمهيدى مستغنياً بما تركه الأستاذ لامبير من مذكرات فى هذا الباب .

القانون ومختلف الهيئات القانونية والمالية ، وظل معروضاً للاستفتاء زهاء ثلاث سنوات (١) .

وفي ٢٩ من مارس سنة ١٩٤٥ شكلت لجنة برئاسة مؤلف هذا الكتاب وعضوية أربعة من رجال القانون (٢) ، تعاونها هيئة فنية (٣) ، لمراجعة المشروع في ضوء ماتم من الاستفتاء وما قدم من الملاحظات . وحدد لها موعد ستة أشهر لإنجاز مهمتها . وقد عقدت لجنة المراجعة هذه أولى جلساتها في أول أبريل سنة ١٩٤٥ وانتهت من مراجعة المشروع التمهيدى في ٢١ من نوفمبر سنة ١٩٤٥ . وأرسل المشروع النهائى إلى مجلس الوزراء في ٢٢ من نوفمبر سنة ١٩٤٥ (٤) .

(١) أجرت وزارة العدل استفتاء واسعاً في المشروع التمهيدى ، وأرسلته للدلاء بالرأى فيه إلى محكمة النقض ومحكمة الاستئناف المختلطة والمحاكم الاستئنافية والكلية الوطنية والمختلطة ورجال النيابة الوطنية والمختلطة وأقسام قضايا الحكومة وتقابى المحامين الوطنية والمختلطة وكبار رجال القانون البارزين وكلية الحقوق بجامعة فؤاد وجامعة فاروق ومدرسة الحقوق الفرنسية ووزراء ووكلاء وزارة العدل السابقين وبنك مصر والبنك الأهلى والبنك الزراعى وبنك التليف الزراعى وطائفة من رجال القانون المعروفين منهم الرؤساء والوكلاء السابقون لمحكمة النقض ولإدارة قضايا الحكومة .

وقد درس المشروع هذه الهيئات . وأرسل الكثير بما عن فهم من الآراء فيه . وتقدمت محكمة النقض بملاحظات فدرستها لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ . وعنى بدراسة المشروع التمهيدى بنوع خاص محكمة الاستئناف المختلطة برئاسة المستشار بروتون ، ومحكمة مصر الكلية الوطنية برئاسة الأستاذ أحمد حلمى بك ، ومحكمة النيابة الكلية الوطنية برئاسة الأستاذ محمد عزى بك .

وتفضل عميد رجال القانون في مصر الأستاذ الكبير عبد العزيز فهمى باشا فعنى بمراجعة جميع نصوص المشروع مراجعة دقيقة شاملة .

(٢) هم الشيخ المحترم مصطفى محمود الشوربجى بك عضو مجلس الشيوخ والنائب المحترم على السيد أبوب وكيل مجلس النواب والدكتور محمد كامل مرسى (باشا) المستشار بمحكمة النقض والأستاذ سليمان حافظ بك المستشار بمحكمة استئناف مصر الوطنية .

(٣) وقد شكلت من الأستاذ عبده محرم بك مدير مكتب لجان التشريع بوزارة العدل والدكتور حسن أحمد بغدادى أستاذ القانون المدنى بجامعة فاروق والدكتور سليمان مرقص أستاذ القانون المدنى بجامعة فؤاد والدكتور شفيق شحاته أستاذ القانون المدنى بجامعة فؤاد والأستاذ نصيف زكى بك رئيس نيابة استئناف مصر الوطنية .

(٤) أرسله وزير العدل أحمد خشبة باشا . ومن المصادقات الطيبة أن يكون هو نفسه وزير العدل الذى شكل في سنة ١٩٣٨ اللجنة الثالثة ، وهى اللجنة التى أنجزت المشروع .

وهو يشتمل على ١٢٥٣ مادة (١) ، وصدر مرسوم تعرضه على البرلمان في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٥ (٢) .

وعرض المشروع على مجلس النواب ، بعد أن أحيل على « لجنة الشؤون التشريعية » برئاسة حضرة النائب المحترم على أيوب بك وكييل المجلس (٣) .

(١) وقد راعى واضعو المشروع التمهيدى أن يحملوا المشروع بشتمل من المادة ١٢٥٣ إلى المادة ١٢٥٤ ، لأنهم لما تصور أن يدعى في نفس مدنى حديث ، حتى سمى به - ذلك على حدة - ، أن تعرف من هذه النصوص ما ترى الاستغناء عنه . وصدروا المذكرة الإيضاحية للمشروع بالشكل الآتى .

« ترى واضعو هذا المشروع أن النصوص الواردة فيه من المادة الأولى لما ينحصر شأنها في تعيين مدنى حديث دون أن يؤخذ عليه إشراف أو تفويض . على أن ثمة تعديلات شأنها بالنسبة قد أصبح أساؤل عما إذا كان من الأنسب الإبقاء عليها أو حذفها . وإذا كانت هذه التعديلات قد انتهت في المشروع ، فقد أريد من ذلك إلى إضاح المجال للتأخير ، أو إلى الأخذ بالأحوط ، ولا سيما أن حذف المادة الأولى عنه فيه أضرار من إنشاء ما يقتضيه ضرورة . وكبر من ذلك أن تمت حذف المادة من حدة المشروع من ١٥٩١ مادة هي النصوص التى كان المشروع التمهيدى شتمل عليها إلى ١٢٥٣ مادة هي ما خلاصت إليه من النصوص فى المشروع التام .

(٢) وقد عمت « لجنة القانون المدنى » بأجندة الشيوخ أن تدرج فى تقريرها ذات التمهيد فى وضع القانون المدنى الجديد ، فألفت : « وآل وقد استقرت مادساتها التشريعية ، وأوشك أن يتقاس آخر حال من ملال نظام الامتيازات . بحيث لجنة أنت تعرب عن علم اعتباراتها بأن يكون القانون المدنى الجديد تغييراً مسرعاً خلاصاً عن هذه السيادة . فهو يعد المستور أهم تشريع وضعه المصريون أنفسهم . فقد أعد مشروعه فيه مصرى يعمل مكانه رفيعة بين علماء القانون . وقد أدلى المصريون بالرأى فيه ، وكان هذا الرأى محل تقدير ودراسة . وقد تولت مراجعته لجنة مشترك من رجال افته والنساء والمهنة من بين البرزين ، وهو فى هذه المرحلة الأخيرة يعرض على نواب الأمة ويشوبها بالظر فى أحكامه ، فى سوء علمهم وخيرتهم بتقاليد البلاد وأوضاعها وحاجاتها . فإذا جاور هذه المرحلة ، أصبح القانون المدنى « المصرى » حقيقة وثباتاً . وكان للأجيال القادمة أن تعتر به ، وأن تعلم تحرد العبرة والذكرى أن مصر احتملت على مضى منها تقديراً ميباً . ولكننا اجتهدت وجاهدت حتى أخرجت ، بنفسها ولفهمها ، هذا القانون الجديد » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٢٢ - ١٢٣) .

(٣) وأعضاء لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب هم حضرات النواب المحترمين أحمد مرسى ، بدر بك ، وعزيز مشرفى بك ، وعبد الحشاشى بك ، ومحمد هاشم (باشا) ، ومحمد شوكى النونى بك ، ومحمد توفيق خشبة بك ، وعبد الحيد الشرفاوى بك ، وادكتور على ابراهيم الرجال بك ، ومحمد أمين وازى بك ، وأحمد محمديرى بك ، ومصطفى النسل بك ، وعبد المعتم أبو زيد بك ، وحسن محمد اسماعيل بك .

فأقره . وقد استغرق نظره بالمجلس ولجنته التشريعية رهاء ستة شهور . من ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ إلى ٢٧ مايو سنة ١٩٤٦ (١) .

(١) وقد جاء في تقرير لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب ما يأتي : « بجملة ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ أحال المجلس مشروع القانون الذي على لجنة الشؤون التشريعية ، وهو أضخم عمل تشريعي قدمته حكومة إلى البرلمان ، وفوق في أهميته كل ما عده من الأعمال التشريعية ، لما له من أثر بالغ في الحياة العامة في تنظيم العلاقة بين الأفراد والجماعات . إذ القانون المدنى هو الدعامة الأولى لصرح العدل في البلاد . فذلك أولت اللجنة مشروع هذا القانون أكبر قسط من عنايتها ، فتشكلت من بين أعضائها ثلاث لجان فرعية لدراسته : تولت الأولى بحث الباب التمهيدى والالتزامات ، وتولت الثانية بحث العقود المسماة ، وتولت الثالثة بحث الحقوق المالية . وقد توافرت هذه اللجان الفرعية على دراسة ما وكل إليها بحثه ، وعقدت لهذا الغرض عدة اجتماعات ، ثم عرضت نتيجة عملها على اللجنة العامة . التي والت اجتماعاتها حتى انتهت من بحث المشروع بأ كمله ، فأقرت بعض ما اقترحه اللجان الفرعية من تعديلات ، كما أدخلت على المشروع تعديلات أخرى — وقد شهد اجتماعات اللجان الفرعية والعامة صاحب العزة عبده محرم بك مدير إدارة المحاكم الوضعية مندوباً عن وزارة العدل ، فلاقته منه معاونة صادقة . كما شهد هذه الاجتماعات حضرة صاحب السعادة الدكتور عبد الرزاق أحمد السهورى باشا وزير المعارف العمومية السابق بصفته — في مبدأ الأمر — مندوباً عن وزارة العدل . وبعد استقالة الوزارة السابقة دعت اللجنة لمعاونتها طبقاً المادة ٦١ من اللامعة الداخلية ... ولا يسع اللجنة وهي تحتم تقريرها إلا أن تسجل الكلمة القوية التي أدلى بها مندوب الحكومة بعد الانتهاء من بحث المشروع وهي : إن النصوص التشريعية الواردة في هذا المشروع لها من الكيان الذاتي ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التي أخذت منها . ولم يكن الغرض من الرجوع إلى القوانين الحديثة أن يتصل المشروع بهذه القوانين المختلفة اتصال تبعية في التفسير والتطبيق والتطور ، فإن هذا حتى لو كان ممكناً لا يكون مرغوباً فيه . فن المقطوع به أن كل نص تشريعي ينبغي أن يعيش في البيئة التي يطبق فيها ، وبحيا حياة قوية توثق صلته بما يحيط به من ملابسات ، وما يخضع له من مقتضيات ، فيفصل اتصالاً تاماً عن المصدر التاريخي الذي أخذ منه ، أيا كان هذا المصدر » .

« وقد حان الوقت الذي يكون لمصرفيه قضاء ذاتوقفه مستقل . ولكل من القضاء والفقه ، بل على كل منهما ، عند تطبيق النص أو تفسيره ، أن يعتبر هذا النص قائماً بذاته ، منفصلاً عن مصدره ، فيطبقه أو يفسره تبعاً لما تقتضيه المصلحة ، ولا يتبع له التفسير من حلول تبي بحاجات البلد ، وتساير مقتضيات العدالة . وبذلك تتطور هذه النصوص في صميم الحياة القومية ، وتثبت ذاتيتها ، ويتأكد استقلالها ، ويتحقق ما قصد إليه واضعوا المشروع من أن يكون لمصر قانون قومي يستند إلى قضاء وفقه لها من الطابع الذاتي ما يجعل أثرها ملحوظاً في التطور العالمى للقانون » . « وترحب اللجنة بهذه الفرصة الطيبة التي ستتاح للقضاء والفقه في مصر ، عند تطبيق هذه النصوص وتفسيرها ، في أن يجدا المكان الفسيح للاجتهاد والاستنباط ، بعد أن افك عنها غل القد يتماخذه قانون واحد معين في صيرمه التشريعية وفي قضائه وفقه ، بل بعد أن أصبحا =

وأحيل لمشروع بعد ذلك إلى مجلس الشيوخ ، فقرر في ٣ من شهر يونية سنة ١٩٤٦ إحالته إلى لجنة خاصة سميت لجنة القانون المدني ، برئاسة حضرة الشيخ المحترم محمد محمد الوكيل بك وكييل المجلس (١) . ودرست اللجنة المشروع دراسة مستفيضة مادة عامين ، استتمت في خلالها إلى كثير من الآراء تقدمت إليها من جهات مختلفة (٢) . وأحالت المشروع بعد أن أقرته إلى مجلس

== في حل ، وقد انفصلت النصوص عن مصادرها . من التنفيذ بمطابقة أي قانون معين . خرجا بذلك من باب التقليد الضيق إلى ميدان الاجتهاد الفصح . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٦ و ص ٣٢) .

(١) وأعضاء لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ هم حضرات الشيوخ المحترمين محمد حلمي عيسى باشا ومحمد حسن العشماوي باشا وأحمد رمزي بك وجمال الدين أباطة بك ومحمد علي علوبة باشا وسابا حبشي باشا وخبرت راضي بك .

(٢) من هذه الآراء ملاحظات تقدم بها بعض حضرات مستشاري محكمة النقض وأساندة القانون وقد ناقشها اللجنة طويلا (أنظر تفصيل ذلك في مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣٩ — ص ١١٨) وقد جاء في محضر الجلسة الثامنة والخمسين للجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ما يأتي : « عرضت اللجنة في هذا الاجتماع إلى الاعتراضات التي أثارها بعض رجال القانون حول مصادر مشروع قانون المدني من حيث تفهم أحكامه وتفسيرها وتطبيقها ، وقد رأت اللجنة أنها قد أوفت هذا الموضوع حقه من البحث في تقريرها الذي رفع إلى المجلس . ولكن رغبة في زيادة الإيضاح وتأكيد المعنى الذي ذهبت إليه اللجنة في تقريرها المذكور عهدت إلى حضرة الشيخ المحترم محمد الوكيل بك رئيسها ومقررها أمام المجلس أن يدلل ببيان في هذا الموضوع الهام أمام المجلس وهو كما يأتي : (أولا) أن الغالبية العظمى من أحكام هذا المشروع مستمدة من أحكام القانون الحالي ومن المبادئ التي أقرها القضاء المصري طوال السبعين سنة الماضية ومطابقة للقواعد القانونية التي جرى عليها القضاء والفقه في مصر ، وهذا هو المصدر الذي يرجع إليه عند تفسير هذا القانون . وأما المصادر الأجنبية فليست إلا مصادر استشارة للصياغة وحدها . (ثانيا) أن الأحكام التي اشتقت أصلا من الشريعة الإسلامية يرجع في تفسيرها إلى أحكام هذه الشريعة ، مع ملاحظة ما جاء في المادة الأولى من المشروع من اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا من مصادر القانون ومن أن للفااضي أن يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كلما كان هناك محل لذلك . (ثالثا) أما الأحكام القليلة التي اشتقت من تقنيات أجنبية في موضوعات جديدة مستقلة (المؤسسات . حوالة الدين . ملكية الأسرة . اتحاد الملاك . الإعسار المدني . تصفية التركات) فقد روعي في وضعها أن تكون متشعبة مع البيئة المصرية ، متفقة مع العرف والعادات ، متسقة مع سائر أحكام المشروع ، وبذلك تكون قد انزلت عن مصادرها وأصبح لها كيان ذاتي قوامه تساندها مع غيرها من نصوص ، ويرجع في تفسيرها إلى النصوص ذاتها ومادرج عليه القضاء في مثل هذه الأحوال .

وقد أقرت الحكومة هذا البيان . (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١١٦ — ص ١١٧)

الشيوخ (١) . وأقره المجلس في ٢٨ من شهر يولييه سنة ١٩٤٨ (٢) . وأحيل ثانية إلى مجلس النواب لإقرار التعديلات التي رأى مجلس الشيوخ إدخالها . فأقرها مجلس النواب في ٥ من شهر يولييه سنة ١٩٤٨ .

(١) وقد جاء في تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ مبادئ (مجموعة) الآمال التحضيرية (١٩٩) : « بخاتمة ٣ من يولييه سنة ١٩٤٦ أحال المجلس إلى لجنة القانون المدني مشروع القانون الذي معدلاً على الوجه الذي أقره مجلس النواب . وقد تودت اللجنة على دراسة هذا المشروع في ٥٥ جلسة ابتداء من ٧ يناير سنة ١٩٤٧ لغاية ٦ أبريل سنة ١٩٤٨ . يحضرون حضرات صاحب المظالي عبد الرزاق السنهوري باشا وزير المعارف العمومية وصاحب الفزة عبده محمد حرم بك المستشار بمجلس الدولة والدكتور حسن أحمد فدادى وكيل كليه الحقوق بجامعة داروق الأولى ، وأقرت في تحقيق نصوصه من النهاية ما أتاح لها أن تنبئ مسانئ أحكامه ونقبت من مآبرتها لأوضاع الحياة وحاجات التعاميل . وأدخلت من التعديلات ما أوجت به التجارب أو ما دبر عليه القضاء أو ما ندر من أمر المعاملات . ووجدت من الحكومة في هذه الناحية معاونة سجل لمندوبيها بالثناء والتقدير . ولم يقف عن اللجة ما لتعديل القانون المدني من أثر بالغ في نصاف المعاملات ونطاق العلوم القانونية بوجه عام . باعتبار أن هذا القانون هو موطن القواعد الكلية المصبة لروابط الأفراد وسائر الخطاطين بأحكام القانون الخاص ، ومرجع القواعد التفصيلية المصبة للشئ الأكبر من هذه الروابط ، ولذلك حرصت اللجنة كل الحرص على أن يتناول بحثها كل ما يتصل بسياسة التعديل ، ولم يكن رائد اللجة في هذا البحث مجرد التفكير النضري أو التذليل النصفي . ولم تقتصر في صده على ما كان حضرات الأعضاء المختبرين من آراء ، وإنما عمدت إلى استقصاء الواقع ، واستظهرت جميع الآراء ، وأمعت النظر في دليل كل منها ، استرشدت في ذلك كله بأخفاق المستنصحة من دراسة نصوص المشروع ... » وقد أشرنا في أماكن أخرى إلى محس فقرات من هذا التقرير القيم .

(٢) وما يذكر لمجلس النواب والشيوخ بالحد والتقدير أنها أقرت المشروع في يسر بالرغم من أن كلا منهما نظره والدورة البرلانية تقارب نهايتها ، وقد استطاع كل من المجلسين أن يلائم ما بين إجراءاته الداخلية ومقتضيات النظر في تعيين مويل ذي صبغة ذنية بارزة كالتقنين المدني ، مما دل على أن برلماننا عاكس من المرونة في العمل ما يجعله صالحاً لمواجهة الأعمال التشريعية وفقاً لضبيعة كل منها . وعندما عرض المشروع على مجلس الشيوخ اقترح ثلاثة من حضرات الشيوخ المختبرين تأجيل نظره للدورة التالية ، ولكن المجلس رفض هذا الاقتراح ، فجعل بهذا التصرف أحكم إقرار المشروع . ومن غريب المصادفات أن موقف المجلس هذا قد حاكم موافقاً مما لا ريب شتاج الألمانى عند نظره التقنين المدني الألماني من ١٩ يونيو إلى ٢٧ يونيو سنة ١٨٩٦ ، فقد تقسم بعض الأعضاء عند عرض المشروع الألماني على المجلس بغالب تأجيل النظر فيه إلى الدورة التالية ، فأدرك المجلس خطر هذا التأجيل على التقنين ورفض الطلب ، وأقر المشروع في أيام فلاتر (أطر سأل : مقدمة في دراسة القانون المدني الألماني باريس ١٩٠٤ ص ٣٦ - ص ٣٧) هذا وقد قدم المشروع إلى مجلس الشيوخ حضرة الشيخ المحترم محمد محمد الوكيل - وكيل مجلس ورئيس لجنة القانون المدني به - محضاب قيم ، ورد به ما يأتي :

وفي ١٦ من شهر يولييه سنة ١٩٤٨ صدر المرسوم بالتصديق عليه وإصداره . ونشر في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٩ من شهر يولييه سنة ١٩٤٨ على أن يعمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، أى من اليوم الذى توحيد فيه القضاء المصرى بزوال النظام المحتلط ، وبلغ عدد مواده ١١٤٩ مادة (١) .

تتمة وفي منتصف أكتوبر من السنة المقبلة يشرق على القضاء المصرى عهد جديد تتشكل فيه البلاد سيادتها القضائية . وبهذا تتحقق لنا أمنية من أعز أمنياتنا . ففي هذا التاريخ تختم مصر مرحلة مريرة في تاريخها ، وتستفتح مرحلة أخرى كريمة ، يغفر المصريين فيها فوزهم بالحق إلى التهورس بتحمل جسيم الثعبات وعظيم المسئوليات . وها هى مصر تتخذ الأهبة لمواجهة ما تقتضيه هذه المرحلة ، فتتخذ إصلاحات تشريعية ضخمة كانت قد تراخت — مضطرة — في إنجازها حفة طويلة من جراء القيود التى كان نظام الامتيازات يفرضها . وفي هذه الدورة تعرض على حضراتكم تشريعات هامة أساسية ، تناولتها يد الإصلاح ، من بينها القانون المدنى . وقد ظل هذا القانون — منذ أن وضع في سنتي ١٨٧٦ و ١٨٨٣ — على حاله فيما خلا تعديلات جزئية . واليوم تعرض على حضراتكم مشروع تنقيحه . وقد تولى المصريون أنفسهم إعدادة وتحضيره ، وبدلى البرلمان بالرأى فيه . وبهذا يكون التقنين المدنى مصرىاً في أسلوبه وصياغته ، مصرىاً في وضعه وغايته . وهل أبلغ من أن يطبق القضاء المصرى — في الوقت الذى يخاضه فيه الاصل — تشريعا مصرى الأركان والبنان فتقرن سيادتنا القضائية سيادتنا التشريعية ؟ . « وما يجب أن أشير إليه في هذا المقام أن المشروع المروض قام على دعامتين رئيسيتين : (الأولى) الاحتفاظ بالصالح من أحكام التقنين القائم لأمد محدود ، فإما من حكم صالح من هذه الأحكام إلا وأخذ به مع تهذيبه التهذيب الواجب . (ثانياً) تقنين ما استقر من أسنادى في أحكام القضاء المصرى مع ترجيح ما كان منها خديفاً بالترجيح عند اختلاف المحاكم . وعلى هذين الأساسين أقام المشروع أكثر من ثلاثة أرباع القواعد الواردة فيه ، فانفتح ثرات المسامى وجعل الانتقال من الوضع القديم إلى الوضع الجديد مجرد تطور طبيعى لا يختلف أمره من هذا الوجه عن أى إصلاح يستبدل الخير بالذى هو أدنى في غير تطرف أو عنف . وعلى هذا النحو لا يقطع المشروع الصلة بين الحاضر والماسى ، وإنما هو يسير الانتفاع بما استقر من صالح الأحكام في التقنين الحالى وفي أحكام القضاء ، وبصقلها صقلا يجعلها أقرب مثالا وأوضح نهجاً . وقد عمد المشروع فوق ذلك إلى إحكام التلاؤم بين القدر الذى استحدثته من القواعد وبين المبادئ العامة التى ألفها الناس في التعامل من قبل . وبهذا يسر سبيل الانتفاع من الإصلاح » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٤١ — ١٤٢ و ص ١٥٤) .

(١) الآن وقد فرغت من عرض المراحل المختلفة التى مر عليها التقنين المدنى الجديد ، أقل كلمة كنت قد ختمت بها مقال الذى نشرته بمناسبة العيد الخمسينى للحاكم الوطيسية ووجوب تنقيح القانون المدنى . وهى كلمة كتبها منذ سبعة أعوام . وما كنت أعلم وقت ذلك أن ماردته أملاً يظوف النفس سيصبح بعد وقت غير ضويل حقيقة واقعة ، وهذا ما كتبت في ختام المقال المشار إليه ، أقله هنا تحية هؤلاء الذين ذكرت أسمائهم ، وقد عاونوا بنشاطهم على إخراج التقنين الجديد :

وفي ٢٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٨ صدر قرار وزير العدل بتشكيل لجنة برئاسة الأستاذ سليمان حافظ بك وكيل وزارة العدل وعضوية تسعة من رجال القانون (١) لجمع الأعمال التحضيرية للتقنين المدني الجديد ونشرها على جمهور المشتغلين بالقانون .

وقد أنجزت اللجنة مهمتها ، بعد أن جمعت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى والمحاضر والتقارير المختلفة (٢) ، ووزعت ماورد في هذه الوثائق على نصوص التقنين .

== على أن كل ماقدّمناه ، إذا دل على أن تقنيننا مبرر وأن مراجعته ضرورية ، فليس معناه أن المراجعة قد مهدت سبلها ، وأصبح البت في القيام بها أمراً ميسوراً . فإن الرغبة مهما كانت صادقة في عمل تقنين هي شيء آخر غير عمل التقنين بالفعل . وتدل التجارب في مسائل التقنين على أن الرغبة وحدهم لا تقنى شيئاً . بل أن توافر الوسائل الفنية ذاتها لا يكفي . فإن التقنين أمر يقوم على النشاط ، وهو روحه الدافعة ، فإذا انعدم هذا النشاط أو فتر ، سار التقنين سيراً بطيئاً متوتراً ، يتعثر عند كل منعرج ، وبمسطدم في كل عقبة ، وفلما يصل إلى نهاية الطريق ... مهل لمصر أن تؤمل في عهد نهضتها الحاضرة أن تضم إلى انتصاراتها في النشاط العلمي والنشاط الاقتصادى انتصاراً جديداً في النشاط القانونى ، فتعمل على إخراج تقنين مدنى جديد ... أرجو أن يكون ذلك قريباً ... » (مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة من ١٤٣-ص ١٤٤) . (١) وهم الأستاذ عبده محمد محرم بك المستشار بمجلس الدولة والأستاذ محمد أحمد غنيم بك مدير إدارة التفتيش القضائى بوزارة العدل والأستاذ بدوى حمودة بك المدير العام لإدارة التشريع بوزارة العدل والأستاذ مصطفى كامل اسماعيل القاضى بمحكمة الاسكندرية المختلطة والدكتور سليمان مرقس الأستاذ بكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول والدكتور شفيق شحاته الأستاذ بكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول والأستاذ محمد رفعت عضو إدارة التشريع بوزارة العدل والأستاذ أحمد عثمان حمزاوى عضو إدارة التشريع بوزارة العدل والأستاذ يحيى خيرالدينسكرتير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ والدكتور على سليمان الموظف بوزارة العدل . (٢) وهذه هي الوثائق التى جمعتها اللجنة ووزعتها على نصوص افانون ، فوضت تحت كل نص ما اشتملت عليه هذه الوثائق في شأن هذا النص :

- (١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى .
- (٢) محاضر اللجنة التى راجعت المشروع التمهيدى .
- (٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى .
- (٤) تقرير اللجنة التشريعية بمجلس النواب .
- (٥) محاضر جلسات مجلس النواب .
- (٦) محاضر جلسات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ .
- (٧) تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ .
- (٨) محاضر جلسات مجلس الشيوخ .

ووقعت مجموعة الأعمال التحضيرية في أجزاء سبعة (١) . هي التي تنقل عنها في هذا الكتاب ما رزى ضرورة الإشارة إليه من هذه الأعمال (٢) .

= وقد أشير إزاء كل نص إلى ما يقابله من النصوص في القانون الدني القديم وفي بعض التقنينات الحديثة وإلى ما عسى أن يكون قد حذف من نصوص التشريع التمهيدى التي تتصل بهذا النص .

(١) الجزء الأول في الباب التمهيدى ، والجزآن الثانى والثالث في الطريقة العامة للالتزام ، والجزآن الرابع والخامس في العقود السمة ، والجزء السادس في الملكية والحقوق العينية الأصلية ، والجزء السابع في التأملات أى الحقوق العينية التسمية .

(٢) هذا وقد أعقب صدور التقنين المدنى الجديد أن ألفت لجنة لمراجعة الترجمة الفرنسية لهذا التقنين ، برئاسة الأستاذ سليمان حادط بك وعضوية الأستاذ مصطفى كامل اسماعيل والدكتور سليمان مرقس والدكتور شفيق شحاته والدكتور على على سليمان . وقد أنجزت هذه اللجنة مهمتها ، ونشرت الترجمة الفرنسية التي راجعها .

(٢)

القواعد التي قام عليها التنقيح

كيف عولجت عيوب التقنين القديم - مصادر التنقيح وطرق التفسير
في التقنين الجديد

١ - كيف عولجت عيوب التقنين القديم

(استعراض عام للتقنين الجديد)

كان الهم الأول لواضعي التقنين الجديد هو أن يعالجوا عيوب التقنين القديم سواء في الشكل أو في الموضوع .

١ - كيف عولجت العيوب الشكلية :

رأبنا أن التقنين القديم كان معيباً في تبويبه . ومعيباً في ازدواج لغته وضعف أسلوبه . فلننظر كيف عولجت هذه العيوب في التقنين الجديد .

(أولاً) التبويب :

مشتملات التقنين الجديد : كان الأمر الأول الذي نظر فيه واضعو

المشروع ، وهم يستفتحون علمهم ، هو أن يبحثوا كيف يكون تقسيم التقنين الجديد ، وكيف يبوب ، وكيف ترتب نصوصه في كل باب ، وبتعبير آخر : ما هي الخطة plan التي يوضع التقنين الجديد على مقتضاها . وذلك بعد أن وضع أن الخطة التي قام عليها التقنين القديم ، بما تخويه من عيوب وما يشوبها من نقص ، لاتصلح أن يقوم عليها التقنين الجديد .

ولكنهم مالبثوا أن تبينوا أن هذا السؤال يسبقه سؤال آخر ، هو : أيشتمل التقنين الجديد على كل موضوعات القانون المدني ، فيحتوى قانون الأسرة كما يحتوى قانون المعاملات ؟ قامت صعوبات واضحة حالت دون أن يندرج في

التقنين الجديد أحكام الأسرة . فإن هذه الأحكام ليس مصدرها فحسب الشريعة الإسلامية ، بل إن لها مصادر أخرى دينية ، وهي لم توحد في كل أجزائها بالنسبة إلى جميع المصيرين . وحدث في أحكام الصغير والمحجور ، وحدثت إلى حد كبير في أحكام الميراث والوصية . ولكنها لم توحد في الزواج والطلاق والنسب . فرأى واضعو المشروع ألا يربكوا التقنين المدني الجديد بعقبات يتعذر تذليلها . واعتزموا الاختصار على أحكام المعاملات . واستظهروا فيها رسوده لأنفسهم من ذلك اتجاهات واضحة تدل في كثير من التقنيات الحديثة . فهذا التقنين البواقي : والتقنين اللبناني . والتقنين السوفييتي في المعاملات : بل والتقنين السويصري في الالتزامات ، وكلها من أحدث التقنيات وأشهرها ، لم يندرج فيها قانون الأسرة ، وظل هذا القانون وحده ، أو هو وقانون الحقوق العينية ، منفصلا عن سائر أجزاء القانون المدني . فلا تريب إذن على واضعي التقنين الجديد إذا هم أبقوا قانون الأسرة منفصلا ، وملا بسات هذا القانون معروفة (١) .

قسم عام للتقنين المبرمج : وإذا رسم واضعو التقنين الجديد حدود هذا التقنين ومدى ما يشتمل عليه من موضوعات . برز أمامهم سؤال جديد فرضته سياسة التقسيم والتبويب . فهل يكون للتقنين الجديد قسم عام على غرار هذا القسم الذي اشتمل عليه التقنين الألماني ، وسأبره فيه كثير من التقنيات الحديثة ؟ كان أ. م. واضعي التقنين الجديد مثلاً من معارضين : مثل التقنين الألماني وما تبعه من تقنيات أخرى ، ومثل التقنين الفرنسي وسائر التقنيات اللاتينية .

فالتقنيات اللاتينية لا تشتمل عادة على قسم عام : وإنما تجزئ بفصل تمهيدى قصير يتناول مصادر القانون وبعض قواعد موجزة في تنازع القوانين

(١) بيد أنه إذا عر أن يجمع بين واحد المعاملات والأسرة معاً ، فلا أقل من أن يجمع شتات قانون الأسرة في تقنين موحد يقوم إلى جانب التقنين المدني الجديد . والخطب يبر في هذا الشأن ، فقد وضع تقنين للميراث . وآخر للوصية ، وثالث للوقف ، ورابع للعالم الحبية (الصغير والمحجور) . ولم يبق إلا تقنين خاص للزواج والطلاق والنسب فتتجمع بذلك أجزاء قانون الأسرة . وبهذا كتاب واحد . والأمل معقود في أن يكون ذلك قريباً .

أما التقنين الألماني فقد حوى قسماً عاماً مسهباً اشتمل على مائتين وأربعين نصاً ، تناول فيها كثيراً من الموضوعات العامة ، وخصص كثيراً من هذه النصوص لنظرية العمل القانوني (acte juridique) فعرض فيها لتفصيلات كثيرة مما يندرج عادة في النصوص الخاصة بالعقد . وكذلك فعل التقنين الصيني . وقد اشتمل قسمه العام على ١٥٢ مادة . وحذا حذو التقنين الألماني التقنين الأرجنتيني (٣٣١ مادة) والتقنين البرازيلي (١٧٤ مادة) وتقنين السوفييت (٥١ مادة) . وهذه التقنينات جميعها تناولت في هذا القسم العام جانباً من المسائل العامة كمصادر القانون والتعسف في استعمال الحق والشخص الطبيعي والشخص المعنوي وتقسيم الأموال ، وأضافت إلى ذلك نصوصاً كثيرة في نظرية العمل القانوني .

لم يتردد واضعو التقنين الجديد طويلاً بين هذين المثلين . فقد رأوا أن مثل التقنينات اللاتينية من حيث الاكتفاء بفصل قصير في الأحكام العامة لم يعد هو المثل المتبع في التقنينات الحديثة . ولكنهم لم يأخذوا بمثل التقنين الألماني كاملاً ، ولم يدرجوا في القسم العام نصوصاً تناول أحكام العمل القانوني . فإن أصلح مكان لهذه النصوص في تقنين ذي صبغة عملية هو الفصل الذي يخصص للعقد . ذلك أن العقد هو أهم الأعمال القانونية . فإذا ذكرت أحكامه في القسم العام بعنوان العمل القانوني ، أصبح واضع المشروع بين أن يغفلوا هذه الأحكام في الفصل المخصص للعقد ، فيفقد هذا الفصل أهم الأحكام التي تندرج عادة فيه ، وبين أن يعيدوا ذكرها ، فيكون هذا تكراراً لما سبق . والخطوة العملية في ذلك هو أن تذكر هذه الأحكام في الفصل المخصص للعقد ، ويحال عليها فيما يخص الأعمال القانونية الأخرى . هكذا فعل تقنين الالتزامات السويسري ، وقد أثر التقنين الجديد مسيرته في هذه الخطوة العملية الحكيمة (١) .

وما كان بعد ذلك من مسائل عامة فقد احتواها الباب التمهيدي للتقنين الجديد . ويشتمل هذا الباب على ثمانية وعشرين نصاً ، تناولت في الفصل الأول منها القانون وتطبيقه ، فعددت مصادر القانون . وقررت مبدأ التعسف في استعمال

(١) أنظر مع ذلك المشروع الذي يعد لتفسيح التقنين الفرنسي وما دار من مناقشات طويلة حول هذا الموضوع (المجلد الأول من الأعمال التحضيرية للجنة تفسيح التقنين المحدث سنة ١٩٤٥ سنة ١٩٤٦ ص ٩٧ وما بعدها) .

الحق ، ودكرت القواعد الخاصة بتنازع القوانين من حيث الزمان ومن حيث المكان . وتناوأت في الفصل الثاني الأشخاص . ففصلت أحكام الشخص الطبيعي وأحكام الشخص المعنوي بما يندرج فيه من جمعيات ومؤسسات . وخصصت الفصل الثالث لتقسيم الأشياء والأموال .

التقسيم الرئسي للقانون الجزيري : وبعد أن فرغ واضعو التقنين الجديد

من تحديد مشتملات الباب التمهيدى : كان عليهم أن يرسموا لتقنين تقسيماته الرئيسية . وقد توخوا في هذا التقسيم أن يعالجوا عيوب التقنين القديم . فقد قدمنا : (أولاً) أن التقنين القديم جمع في الكتاب الأول بين الأموال والحقوق العينية الأصلية ، وكان الأولى فصل هذه عن تلك : فإن الأموال تكون محلاً للحقوق العينية والحقوق الشخصية على السواء . وهذا ما فعله التقنين الجديد . فقد وضع تقسيم الأموال في الباب التمهيدى : فهياً بذلك للفكرة الصحيحة من أن المال يصلح محلاً للحقوق المالية كافة .

(ثانياً) أن التقنين القديم فصل في قسمين مستقلين نظرية الالتزام عن العقود المسماة ، ولم يكن هناك محل لهذا الفصل . فالعقود المسماة إنما هي تطبيق من تطبيقات نظرية الالتزام . وقد توخى التقنين الجديد أن يجمع بين نظرية الالتزام والعقود المسماة في قسم واحد ، جعله القسم الأول من التقنين . والبداية بنظرية الالتزام في التقنين الجديد هو خير من البدء بالحقوق العينية الأصلية في التقنين القديم . فإن نظرية الالتزام هي مفتاح القانون المدني ، بل هي مفتاح القانون بوجه عام . فالبدء بها أمر تستوجبه البداهة ، وتقتضيه طبيعة الأشياء .

(ثالثاً) أن التقنين القديم خلط في كتابه الرابع ، الذى عنوانه بحقوق الدائنين ، بين التأمينات العينية وإثبات الحقوق العينية ودفاتر التسجيل . وقد تجنب التقنين الجديد هذا الخلط : فترك إثبات الحقوق العينية ودفاتر التسجيل لقانون خاص هو قانون الشهر العقارى ، توفقاً للإصلاح الجوهرى الذى سيم في هذا الموضوع بعد إدخال السجل العقارى . واستبقى من هذه الموضوعات التأمينات العينية ، فجعلها بعنوان الحقوق العينية التبعية في كتاب رابع ، يجيء بعد الكتاب الثالث في الحقوق العينية الأصلية . وجمع بين الكتابين في قسم واحد — هو القسم الثاني — لما بينهما من الصلة الوثيقة . وأورد التأمينات

العينية كاملة ، فأدرج فيها رهن الحيازة على خلاف ما فعل التقنين القديم ، وحذف منها الحبس إذ لم يعتبره حقاً عينياً .

ونخلص من ذلك أن التقسيم الرئيسي للتقنين الجديد يفضل كثيراً من ناحية المنطق تقسيم التقنين القديم . فالتقنين الجديد يبدأ بباب تمهيدى . ثم ينقسم إلى قسمين ، أحدهما للحقوق الشخصية ، والثاني للحقوق العينية . ويتجزأ القسم الأول إلى كتابين ، أحدهما لنظرية الالتزام ، والثاني للعقود المسماة . وكذلك يتجزأ القسم الثاني إلى كتابين آخرين ، أحدهما للحقوق العينية الأصلية ، والثاني للحقوق العينية التبعية .

التبويب التفصيلي للتقنين الجديد : وفى تبويب الأقسام الرئيسية ، يفضل التقنين الجديد التقنين القديم .

فالكتاب الأول من التقنين الجديد ، الذى خصص لنظرية الالتزام ، لوحظ فى تبويبه تجنب العيوب التى وقع فيها التقنين القديم . وقد تقدم أن هذا التقنين بدأ بنظرية الالتزام فى ذاته ، ثم تركها ، قبل أن يفرغ منها ، إلى مصادر الالتزام . فتناول العقد ، ثم جمع بين مصدرين مستقلين كان الواجب فصل أحدهما عن الآخر ، هما العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب ثم هو ، بعد أن يفرغ من مصادر الالتزام ، يعود إلى نظرية الالتزام فى ذاته ، فيتناول أسباب انقضائه ، ويورد هذه الأسباب فى غير ترتيب منطقي ثم يختم نظرية الالتزام بباب مشوش فى طرق إثباته . ويترك انتقال الالتزام — ولا يعرف منه إلا إحدى صورته — إلى جهة منزوية فى الفصل الأخير من عقد البيع . أما التقنين الجديد فيبوب الكتاب الأول فى نظرية الالتزام تبويباً منطقياً عملياً فى وقت واحد ، فيجعل الباب الأول من هذا الكتاب لمصادر الالتزام . ويورد هذه المصادر مرتبة ترتيباً علمياً حديثاً فيبدأ بالعقد ، ويتناول أركانه فأثاره فأغلاؤه . وينتقل بعد ذلك إلى الإرادة المنفردة (١) فالعمل غير المشروع فالإثراء بلا سبب ،

(١) وسرى أنه بعد أن حذف نص من المشروع التمهيدى يجعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً من مصادر الالتزام ، واقتصر المشروع التهاى على حالات معينة ينشأ الالتزام فيها من الإرادة المنفردة ، لم تعد الالتزامات الناشئة من الإرادة المنفردة فى هذه الحالات المينة إلا التزامات تنشأ بنص فى القانون . وسرتب على ذلك أن الإرادة المنفردة فى التقنين الجديد ليست مصدراً مستقلاً من مصادر الالتزام .

فالقانون . وهو في كل فصل من هذه الفصول يرتب النصوص ترتيباً تسلسل الأحكام فيه تسلسلاً عليه المنطق والعمل . ثم يجعل الباب الثاني لآثار الالتزام فيتناول التنفيذ العيني ، والتنفيذ بطريق التعويض ، ويعرض بعد ذلك لما يكفل حقوق الدائنين العاديين ، فيتناول الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية والحق في الحبس والإعسار المدني . وهذا الباب على ما في تنسيقه من مشقة ، قد رتبته نصوصه ترتيباً قل أن تجده له نظيراً في التقنيات الحديثة . ثم يعرض الباب الثالث للأوصاف المعدلة لأثر الالتزام فيتناول الشرط والأجل ثم ينتقل إلى تعدد محل الالتزام فيتكلم في الالتزام التخيري والالتزام البدلي ، وإلى تعدد طرفي الالتزام فيتكلم في انتضامن وعدم القابلية للانقسام . ثم يخصص الباب الرابع لانتقال الالتزام ، فيتناول حوالة الحق ثم حوالة الدين ، فيستكمل بذلك نقصاً في القانون القديم كان ملحوظاً . ثم يعرض الباب الخامس لانقضاء الالتزام : فيرتب أسباب الانقضاء ترتيباً عملياً معقولاً . ويختم التقنين الجديد نظرية الالتزام بباب سادس في إثبات الالتزام (١) .

والكتاب الثاني من التقنين الجديد خصص للعقود المسماة . وقد قدمنا أن التقنين القديم أورد هذه العقود في غير ترتيب واضح . أما التقنين الجديد فقد بوبها تبويماً تسهلاً متابعته . فجعل الباب الأول للعقود التي تقع على الملكية ، وتناول فيه البيع فالمقايضة فالهبة فالشركة فالقرض فالصاح . وجعل الباب الثاني للعقود التي تقع على الانتفاع ، وتناول فيه الإيجار فالعارية . وجعل الباب الثالث للعقود الواردة على العمل ، وتناول فيه المقاولة والزام المرافق العامة فعقد العمل فالوكالة فالوديعة فالحراسة . وجعل الباب الرابع لعقود الغرر ، وتناول فيه المقامرة والرهان فالمرتب مدى الحياة فعقد التأمين . وختم أبواب الكتاب الثاني بباب خامس في عقد الكفالة .

(٢) ولولا رغبة مشروعة في عدم الإيعاد كثيراً عن التقنين التقليدي لمع أن يأتي باب إثبات الالتزام عقب الباب الأول الذي تناول مصادر الالتزام . فإن الإثبات إنما يرد على مصدر الالتزام لا على الالتزام ذاته ، ويجب أن يسبق أثر الالتزام وانتقاله وانقضائه . ولما كان يبدأ الكلام في إثبات الالتزام بالإقرار فاليمين فالكتابة — وهي أقوى طرق الإثبات — لينتهي بأضعف الطرق وهي البينة والفرائ .

والكتاب الثالث من التقنين الجديد خصص للحقوق العينية الأصلية . وقد تقدم أن التقنين القديم في هذا الموضوع خلط بين قيود الملكية وحقوق الارتفاق ، ولم يعرض الملكية في الشروع ، ولم يراع أى ترتيب منطقي أو عملي في إيراد أسباب كسب الملكية . أما التقنين الجديد فجعل الباب الأول من هذا الكتاب لحق الملكية . فتكلم في حق الملكية بوجه عام ، متناولاً نطاق هذا الحق ووسائل حمايته والقيود التى ترد عليه مميزاً إياها عن حقوق الارتفاق . ثم خصص للملكية الشائعة نصوصاً مستفيضة ، وفصل أحكامها تفصيلاً ميبناً . وانتقل بعد ذلك إلى أسباب كسب الملكية فأوردتها في ترتيب ذى صبغة عملية . فالملكية إما أن تكسب ابتداء بالاستيلاء ، أو تنتقل من مالك إلى آخر . ويكون ذلك تارة بسبب الموت في الميراث والوصية ، وطوراً ما بين الأحياء في الالتصاق والعقد والشفعة والحيازة (١) . وجعل الباب الثاني للحقوق المنفردة عن حق الملكية ، فتناول هذا الباب حق الانتفاع فحق الحكر ، فحق الارتفاق .

والكتاب الرابع من التقنين الجديد خصص للحقوق العينية التبعية . وهي التأمينات العينية . فوردت هذه التأمينات في أبواب أربعة ، الباب الأول في الرهن الرسمي ، والثاني في حق الاختصاص ، والثالث في رهن الحيازة ، والرابع في حقوق الامتياز .

كل هذا والتقنين الجديد ، في الترتيب التفضيلي لكل باب من أبوابه ، يجرى ، خلافاً للتقنين القديم ، على نحو من التسلسل المنطقي ومن وضوح الفكرة بحيث يسهل على الباحث أن يدرك ماينتظم مسائله المتعاقبة من ارتباط وتناسق ، وبحيث تيسر له متابعتها في غير عناء .

(ثانياً) اللغة والأسلوب :

ولا شك في أن التقنين الجديد ، في لغته وفي أسلوبه التشريعي ، أرق من التقنين القديم . فقد أفاد من رقى لغة القانون وأسلوبه في مصر طوال سبعين عاماً حتى لقد أصبح التقنينان القديم والجديد يمثلان عصرين مختلفين جد الاختلاف في اللغة وفي الأسلوب .

(١) ولولا أن الترتيب ذو صبغة عملية لوجب تقديم العقد وهو عمل قانوني ، على الاستيلاء وهي واقعة مادية .

نضيف إلى ذلك أن التقنين الجديد خلا من عيب ازدواج اللغة . فالنص العربي هو النص الرسمي والنص الأصلي في وقت معا .
وبرىء التقنين الجديد من هذا الضعف في التعبير وهذه الركاقة في الأسلوب ،
الذين كانا يترزان بكثير من نصوص التقنين القديم إلى منزلة العامى من الألفاظ .
ولم تعد المصطلحات القانونية تضطرب فيه وتعارض ، بل إن المصطلح القانوني
ليرد في جميع النصوص لفظا واحدا لا يتبدل ولا يتغير .

ب - كيف عولجت العيوب الموضوعية :

وقد عالج التنين الجديد العيوب الموضوعية التي كانت متفشية في التقنين
القديم . فاستحدث أحكاما جديدة ، واستوفى مسائل ناقصة ، وجمع نصوصا
متناثرة .

استحدث التقنين الجديد أحكاما كانت تنقص التقنين القديم . من ذلك
القواعد المتعلقة بتنازع القوانين من حيث الزمان والمكان ، والشخصية المعنوية
وما يتصل بها من تنظيم للجمعيات والمؤسسات ، وحالة الدين ، والتزام المرافق
العامية ، وعقد العمل ، وعقد التأمين ، وعقد الهبة ، والحكر ، وإيجار الوقف .
ويسبق هذا كله في الأهمية موضوعان جديدا كانا في أشد الحاجة إليهما ، هما
تنظيم الإعسار المدني وتصفية التركة .

واستوفى التقنين الجديد مسائل كانت في التقنين القديم شديدة الاقتضاب
على ما لها من خطر . من ذلك القواعد المتعلقة بتكوين العقد ، والدعوى البوليصية ،
والاشتراط لمصلحة الغير ، والمسئولية العقدية ، والمسئولية التقصيرية ، والحراسة ،
والملكية الشائعة ، ورهن الحياة ، وحق الاختصاص .

وجمع التقنين الجديد في بعض الموضوعات ما تنائر من أحكامها في جهات
متفرقة ، فلم شتاتها ، وعرضها جملة واحدة بحيث يتكشف ما بين أجزائها من
صلات وثيقة . من ذلك موضوع الحياة ، وحقوق الارتفاق ، وحقوق الامتياز ،
والحق في الحبس ، والنيابة في التعاقد .

ونكتفي هنا بهذه الإشارة . وستناول بالتفصيل هذه المسائل عند الكلام
في الفروق الجوهرية ما بين التقنينين الجديد والقديم .

٢ - مصادر التنقيح وطرق التفسير في القانون الجديد

يعيننا أن نبين هنا المصادر التي استقى منها التنقيح ، وأن نرمس إلى جانب كل مصدر السياسة التي يتوخاها القاضي والفقهاء في تفسير النصوص التي استقيت من هذا المصدر .

ومصادر التنقيح ثلاثة :

أ - أولها وأهمها نصوص التقنين المدني القديم ، بعد أن هذبت ، وأضيف إليها أحكام القضاء المصري طوال سبعين سنة ، بقي فيها هذا القضاء يعمل في تفسير هذه النصوص وتطبيقها . والنصوص التي استقيت من هذا المصدر تكاد تستغرق ثلاثة أرباع التقنين الجديد . ومن ثم نرى أن هذا القانون لم يحدث انقلاباً في المعاملات المدنية . فلا تزال القواعد المدنية القديمة ، كما بسطها التقنين القديم وقررها القضاء ، هي السائدة في التقنين الجديد .

ب - وثاني هذه المصادر هو الفقه الإسلامي . فقد استبقى التقنين الجديد ما أخذ التقنين القديم عن هذا الفقه ، وأضاف مسائل جديدة إلى ما سبق أخذه . ج - وثالث هذه المصادر هي التقنينات الحديثة . فقد استحدث القانون الجديد موضوعات أخذها عن هذه التقنينات ، واستأنس في موضوعات أخرى بما تميزت به هذه التقنينات من تقدم في الصياغة ورق في الأسلوب التشريعي . فانتفع إلى مدى بعيد بالتقدم العظيم الذي بلغه فن التقنين المدني الحديث .

١ - نصوص التقنين المدني القديم وأحكام القضاء المصري

أولاً - ما الذي استفاد التقنين الجديد من هذا المصدر :

قدما أن نصوص التقنين القديم وأحكام القضاء المصري هي أهم مصدر استقى منه التقنين الجديد (١) .

(١) جاء في تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في هذا الصدد ما يأتي : « وقد خرجت اللجنة من هذه الدراسة بنتيجتين جوهريتين من الخير إبرازهما قبل الاستمرار في بيان ما انتهى إليه البحث : (الأولى) أن المشروع لم يخرج على التقاليد التشريعية التي استقرت في البلاد منذ إدخال نظام التقنينات عند إنشاء المحاكم المختلطة في سنة ١٨٧٦ والمحاكم الوطنية في سنة ١٨٨٣ . فهو من هذه الناحية لا يقطع الصلة بين الحاضر والماضي ، ولكنه يتخذ الصالح =

وقد هذب التقنين الجديد نصرص التقنين القديم في بعض النظريات العامة : كالغلط والسبب والاشتراط لمصلحة الغير والفضالة : وفي بعض المسائل التفصيلية : كوقف التقادم والبيع في مرض الموت والغلط في عقد الصلح .

• فن للتقنين الجديد أحكام القضاء المصرى في بعض النظريات العامة وفي بعض المسائل التفصيلية كذلك . فن النظريات العامة التى قتها التعسف في استعمال الحق ، وتكوين العقد ، والاستغلال ، والحوادث الطارئة ، والالتزام الطبيعي ، والتهديدات المالية ، والصورية ، والملكية الشائعة ، والأعمال القنونية الصادرة في مرض الموت ، وشرط عدم التصرف . ومن المسائل التفصيلية وجوب المطالبة القضائية بالفوائد ، والشرط الجزائى ، وتجديد الحساب الجارى ، وتقادم الاستحقاق في الوقف ، واستمرار الشركة مع القصر ، وضمان المؤجر للعيوب الخفية ، وحريق العين المؤجرة ، وحقوق الجوار ، ورهن الحصة الشائعة .

وقد قدمنا أن الكثرة الغالبة من نصوص التقنين الجديد قد استقيت من هذا المصدر إذ أن التقنين الجديد قد أبقي على كل ما هو صالح من مبادئ التقنين القديم ، بعد أن هذب صياغة هذه النصوص ، وأضاف إليها ما انتهى إليه اجتهاد القضاء في تطبيق هذه المبادئ . وقد أبرزت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ هذا المعنى في تقريرها إذ تقول : « إن المصادر التى استمد منها المشروع

== من أوضاع هذا الماضى أساساً له ويستحدث من الأحكام ما اقتضته ضرورات التطور ، ويعتمد في ذلك على التروة التى أسفر عنها اجتهاد القضاء المصرى بوجه خاص ، ويجارى الفقه الإسلامى في نواح مختلفة ، ويستمد بالقدر الذى يتلاءم مع تلك الأوضاع نصواً من أحدث التشريعات الأجنبية . وبهذه المثابة يعد المشروع صرراً صادقة لتطور الظروف الاجتماعية وللتقدم العلمى الذى بلغه علم القانون في مصر في مدى نصف قرن من الزمان . (أما النتيجة الثانية) — وتترتب على النتيجة الأولى — فهى أن تطبيق الأحكام التى استحدثها المشروع ليس من شأنه أن يفضى إلى قلب أوضاع التعامل التى ألفها الناس ، أو أن يحل باستقرار المعاملات ، وإنما هو على النقيض من ذلك يسعى هذه الأوضاع بإصلاح طال ترقيه . والواقع أن الحديث من أحكام هذا المشروع قد أحكم التآلف بينه وبين القديم من القواعد السكينة على نحو يجعل انتقال التعاملين من سلطان القانون القديم إلى سلطان القانون الجديد أمراً يقتضيه التطور العلمى للظروف . ثم إن المشروع في تقنين ما استقر عليه القضاء من مبادئ وفي تدارك أوجه النقص في التقنين الحالى قد نوى أن يعمل التهج واضحاً أمام التعاملين ليكمل استقرار المعاملات على أسس مقلتها التجارب ، فوسخت في النفوس قل أن تتخذ مكانها في النصوص المروضة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ، ص ١١٩ — ١٢٠) .

أحكامه هي التقنين الحالى القديم وماصدر فى شأنه من أحكام المحاكم المصرية أولاً . وما من نص من نصوص هذا التقنين إلا وأشير إليه فى معرض إيضاح النص المقابل له فى المشروع فى المذكرات الإيضاحية التى قدمتها وزارة العدل ، وما من مبدأ استقر القضاء على الأخذ به فى تفسير هذه النصوص إلا عرضته هذه المذكرات . وهى فى الحالى تنوّه بالإبقاء على الحكم الوارد فى النص ، أو بالتعديل الذى آثرت إدخاله على صياغته تمثيلاً مع أحكام القضاء أو آراء الفقه ، أو بالإضافة التى رأت إثباتها أخذاً بهذه الآراء أو تلك الأحكام . فالمشروع من هذه الناحية قد أبقى على كل ما هو صالح من قواعد التقنين الحالى وإن كان قد هذب صياغتها تهذيباً يتلاءم مع تطور اللغة الاصطلاحية فى مصر وأساليب الصياغة فيها . وهو بهذه المثابة قد احتفظ بالقواعد العامة التى تضمنها هذا التقنين فى الجملة ، وأضاف إليها ما اجتهد القضاء فى إقراره على أساس هذه المبادئ . فلا هو يقطع الصلة بين الماضى والحاضر ، ولا هو يضيع ثروة القضاء من المبادئ والتقايد ، وإنما هو على التقيض من ذلك يضمنى على ما استقر من الأوضاع فى الماضى صبغة جديدة من الإصلاح تبرئه من العيوب التى خالطته ، وتكفل الانتفاع منه على أمثل وجه (١) .

ثانياً — كيف تفسر النصوص التى استقيت من القضاء المصرى والتقنين المردى القديم :

ويعتينا أن نبين هنا فى وضوح أن النصوص التى استقيت من هذا المصدر يجب أن تفسر فى ضوء القضاء والفقه اللذين نشأ فى مصر فى ظل التقنين القديم ، وبذلك يتصل الحاضر بالماضى ، ولا تنقطع سلسلة التطور . وسيرى القارىء أننا نشير فى هذا الكتاب إلى القضاء المصرى الذى نبت فى عهد التقنين القديم ، مستندين إليه فى تفسير النصوص الجديدة ، كما لو كان هذا القضاء قد صدر فى عهد التقنين الجديد مفسراً لهذه النصوص . بل ولا نتكلف عناء التنبيه إلى أن القضاء الذى نستشهد به إنما هو قضاء قد صدر تطبيقاً للنصوص القديمة ، فإلى هذا الحد انعدمت المغايرة بين القديم والجديد .

ونستعرض أمثلة تبين كيف تفسر نصوص التقنين الجديد بالرجوع إلى القضاء والفقهاء القديمين، ونختار توخياً للإيجاز أمثلة أربعة ، هي النصوص المتعلقة بالاستغلال ، وبالاشرط لمصلحة الغير ، وبالتهديد المالى ، وبالشرط الجرائي .

١ - الاستهزاء :

كان القضاء المصرى فى ظل التقنين القديم يقف حائراً أمام ظاهرة اجتماعية كانت فى أشد الحاجة إلى علاج تشريعي . فقد كانت أفضية ترفع أمامه عن الزوج يبلغ سن الشيخوخة ، وينبذ امرأته الأولى ليتزوج من أخرى يقع تحت سلطانها ، فينزل لها أولادها منها عن كل ماله . وكانت أفضية ترفع أمامه عن الولد يضيق عليه أبوه . ثم يموت الأب عن مال كثير يطلق الابن يده فيه فيدده ، والمرابون يستكتبون ضحيتهم العقود الباهظة متوسلين إلى ذلك بمختلف الذرائع والحيل . وكانت أفضية ترفع أمامه عن الزوجة تسلم زمامها إلى هواها ، وقضحي الطائل من المال يبرزه الزوج ليخلي لها السبيل إلى الزواج من غيره . هذه الأفضية وغيرها كانت ترفع أمام القضاء المصرى ، فكان يلجأ فيها إلى حلول يهديه إليها اجتهداه دون عون من النصوص التشريعية . فتارة يلجأ إلى نظرية الإغواء والتسلط على الإرادة (séduction , captation) وليس لها سند تشريعي ، وطوراً يذهب إلى نظرية الإكراه وضوابط الإكراه تضيق بهذه الأفضية ، بل لقد ذهب فى حالة من هذه الحالات إلى الأخذ بنظرية الخلع فى الفقه الإسلامى . ومهما يكن من أمر هذا الاضطراب والتقلقل ، فقد كان القضاء المصرى سليم الفطرة ، حسن التقدير ، إذ كان ينظر دائماً بعين الريبة إلى العقود التى تبرم فى مثل هذه الظروف ، فيبطلها أو ينقص منها . ولم يكن يعوزه إلا أن يثبت على أساس قانونى يقوم على نص تشريعي . فأتى التقنين الجديد بهذا النص . وهذا ما نقوله المادة ١٢٩ :

« ١ - إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لاتتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقدين الآخرين ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامعاً ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقدين المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد » .

٢ - ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة .

٣ - ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوق الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن .

ولسنا هنا في مقام شرح هذا النص وما ينطوى عليه من مسائل تفصيلية .
ومجسبنا أن نذكر أن أدق مشكلة يثيرها هي تحديد ما يريده المشرع « بالطيش
البن والهوى الجامح » . ولا نتردد في القول بأن القاضي عند تحديده للمعنى
المقصود من هذه العبارة يجب أن يسترشد بالقضاء السابق ، وأن يستعرض
أمامه الأفضية التي رفعت فعلاً أمام المحاكم ، فلا يلبث أن يتمثل صورة الشيخ
الذى وقع تحت سلطان امرأته الجديدة ، وصورة الشاب الذى أصبح ألعوبة
في أيدي المراهين ، وصورة الزوجة التى غلبها هواها على أن تستبدل زوجاً بزواج .
هذه صور من الحياة المصرية يتمثلها القاضي وهو يطبق هذا النص ، فيصبح
المعنى أمامه محدداً واضحاً . وهو بعد ليس في حاجة إلى أن يطوف بخياله
ببلاد غير مصرية ينقل عنها نماذج هي أجنبية عنا ولا صلة لنا بها . وهو ليس في
حاجة بوجه خاص إلى أن يرجع إلى التقنين الألماني أو التقنين السويسرى أو
التقنين البولونى وكل هذه تقنينات ورد فيها نص مماثل لنصنا المصرى ، فإن
البلاد التى تطبق فيها هذه التقنينات غريبة عنا . ومجتمعها الأجنبى يغاير مجتمعنا
المصرى ، وإذا كان نص تقنيننا الجديد مماثل في الأسلوب والصياغة لنصوص هذه
التقنينات ، فليس هذا معناه أن القاضي المصرى يلتزم تفسير القضاة الأجانب مع
ما يوجد من تفاوت في الأوساط الاجتماعية وفي العادات والتقاليد . ومن ثم نرى
ضرورة التزامنا لقضائنا السابق والسير على المبادئ التى سبق أن قررتها المحاكم
المصرية في وسطنا المصرى .

٢ - الاشتراط لمصلحة الغير :

ويتميز هذا المثل عن سابقه بأن التقنين القديم كان يشتمل على نص فيه . فكانت
المادتان ١٣٧/١٩٨ من هذا القانون تنصان على أن « من عقدت على ذمته مشاركة
بدون توكيل منه ، فله الخيار بين قبولها أو رفضها » . فكان النص القديم

غامضاً مضطرباً ، يتردد بين الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير والفضالة .
فجاء التقنين الجديد واضحاً دقيقاً ، ونصت المادة ١٥٤ منه على ما يأتي :

١ - يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات بشرطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية .

٢ - ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ، مالم يتفق على خلاف ذلك .
ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المتنعع بالدفع التي تنشأ عن العقد .

٣ - ويجوز كذلك للمشرط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المتنعع ، إلا إذا تبين من العقد أن المتنعع وحده هو الذي يجوز له ذلك .

فكيف يفسر القاضي هذا النص ؟ وإذا أثار تطبيقه ، بالرغم من وضوحه ، مسائل تقتضي حلاً ، فأين يتلمس القاضي هذا الحل ؟ وإذا عرض مثلاً ما يقتضي تحديد الدفع التي يجوز للمتعهد أن يتمسك بها قبل المتنعع ، أو تحديد المصلحة الشخصية التي تكون للمشرط إذا كانت مصلحة أدبية ، أو تحديد مدى الحق المباشر الذي يكسبه الغير والأساس القانوني الذي يقوم عليه هذا الحق ، فأى مصدر يسترشد القاضي في حل هذه المسائل ؟ لا ترد في القول بأنه يتعين على القاضي أن يسترشد في كل ذلك بالقضاء المصري السابق وبالفقه المصري السابق ، وسيجد هذا القضاء والفقه غنيين زاحرين بالمبادئ القانونية ، والتأصيلات الفقهية ، والحلول التفصيلية ، في هذا الموضوع الخطير . وسيجد أنه بالرغم من أن نصوص التقنين الجديد تختلف اختلافاً بيناً عن نص التقنين القديم من حيث الدقة والوضوح ، فإن تطبيق النصوص الجديدة لا يترتب عليه غير النتائج ذاتها التي كانت تترتب على تطبيق النص القديم الحائر المضطرب . وسيجد أن الفرق بين الوضعين القديم والجديد يكاد ينحصر في أننا كنا في الوضع القديم نستقي القواعد القانونية الخاصة بالاشتراط لمصلحة الغير من القضاء والفقه رأساً وكنا لانجد غناء في النص التشريعي ، فكان قانوننا في هذا الموضوع الخطير يكاد يكون قانوناً غير مكتوب . أما الآن ، وفي ظل التقنين الجديد ، سنطبق عين المبادئ التي كنا نطبقها في الماضي ، ولنلزم الحلول التفصيلية ذاتها ، ولكننا نلمس هذه المبادئ والحلول ، لا في قضائنا وفقهنا فحسب ، بل نجد الكثير

منها واضحاً في تشريعنا الجديد ، وقد أصبح قانوننا مكتوباً مقنناً في موضوع من أهم موضوعات القانون المدني . ولعل هناك فرقاً آخر بين الوضعين القديم والجديد . ففي الوضع القديم ، ونحن نتلمس الحلول في ثنايا ماتراكم من أحكام القضاء وآراء الفقهاء ، لم تكن هذه الحلول تخلص لنا ثابتة مستقرة ، فالقضاء لم يكن يخلو من تردد ، والفقهاء لم يكن يسلم من خلاف . أما في الوضع الجديد ، والحلول الرئيسية قد وردت فيها نصوص تشريعية واضحة قاطعة ، فلا معنى للتردد ولا محل للخلاف ، وقد خاضت لنا الحلول في أهم المسائل منحسمة بينة ، متسمة بطابع من الثبات والاستقرار .

٣ - التهرب المالي :

والتهديد المالي من الأمثلة البارزة التي قنن فيها التقنين الجديد أحكام القضاء المصري . ولم يكن التقنين القديم يشتمل على نص في هذا الموضوع . فصاغ القضاء المصري نظرية التهديد المالي على هدى من القضاء الفرنسي ، وسلك في ذلك سيلاً هو محض اجتهاد لا سند له من التشريع . فاستمد التقنين الجديد من هذا القضاء المصري النصوص التي أوردتها في هذا الشأن على الوجه الآتي :

نصت المادة ٢١٣ على أنه : « ١ - إذا كان تنفيذ الالتزام عينياً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك . ٢ - وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ ، جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة » .

ونصت المادة ٢١٤ على أنه : « إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ ، حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين ، مراعاةً في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين » .

وهذه النصوص التي استقيت من القضاء المصري السابق يرجع القاضي بداهةً في تفسيرها وفي تحديد مراميها ، إلى هذا القضاء بالذات . فهو مصدرها المباشر . ولا شأن له بالتقنيات الأجنبية ، ولو اتفقت نصوصها مع هذه النصوص من حيث الأسلوب والصياغة . فإن واضح التقنين الجديد إنما استأنس من هذه التقنيات بالأسلوب التشريعي والصياغة الشكلية . وإذا كانت هذه التقنيات الأجنبية هي

المصدر الشكلي لهذه النصوص ، فإن مصدرها الموضوعي هو القضاء المصرى السابق .

بيد أن تقنين القضاء المصرى السابق على الوجه الذى قدمناه لم يكن محض ترديد لأحكام هذا القضاء . فقد اشتملت النصوص الجديدة على مزايا نجلها فيما يأتى :

أولاً - أقامت هذه النصوص أساساً تشريعياً لنظرية التهديد المالى ، ولم يكن هذا الأساس موجوداً من قبل (١) .

ثانياً - حددت النصوص تحديداً تشريعياً حاسماً ، لا يدع مجالاً للاضطراب الذى يغلب أن يكون طابع الأحكام القضائية ، النطاق الذى تطبق فيه نظرية التهديد المالى ، والوقت الذى يبنى فيه مركز المدين . أما النطاق فداه هو حيث يقتضى تنفيذ الالتزام تدخل المدين تدخلاً شخصياً يكون التنفيذ بدونه غير ممكن أو غير ملائم . وأما الوقت الذى يبنى فيه مركز المدين فهو الوقت الذى يتخذ فيه موقفاً نهائياً ، إما بوفاء التزامه وإما بالإصرار على عدم الوفاء (٢) .

ثالثاً - وصلت النصوص بنظرية التهديد المالى إلى مداها لتحقيق الغرض المقصود منها ، وذلك من وجهين : الوجه الأول أن النصوص تقضى ، إذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ ، يجوز الزيادة فى الغرامة التهديدية ، وذلك بقصد التغلب على ممانعة المدين . والوجه

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدى فى هذا الصدد ما يأتى : « لعل أهم ما عيب على نظام الغرامات التهديدية فى وضعه الراهن أنه لا يستند إلى نص من نصوص التشريع ، بل هو وليد اجتهاد القضاء . وقد قصد المشروع إلى تدارك هذا العيب ، فأورد هذه (المواد الثلاث) باعتبارها سنداً تشريعياً يركن إليه عند التطبيق ، وهى بعد ليست إلا تقنياً لما جرى عليه القضاء من قبل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٩) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدى فى هذا الصدد ما يأتى : « بيد أن الحكم الصادر بالغرامة التهديدية حكم موقوف ، تنفى عنه قيامه متى اتخذ المدين موقفاً نهائياً منه ، إما بوفائه بالالتزام ، وإما بإصراره على التخلف . فإذا استبان هذا الموقف وجب على القاضي أن يبد النظر فى حكمه ليفصل فى موضوع الخصومة . فإن كان المدين قد أوفى بالتزامه حط عنه الغرامة إزاء استجانه للأمر به ، وألزمه بتعويض عن التأخر ، لا أكثر . وإن أصر المدين على عتاده نهائياً ، فدر التعويض الواجب عن الضرر الناشئ عن عدم الوفاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٠) .

الثاني أن القاضي عند تحديده مقدار التعويض الذي يلزم به المدين لا يقتصر على مراعاة الضرر الذي أصاب الدائن ، بل يجب أيضاً ، كما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، وأن يراعى في هذا التقدير ما يكون من أمر ممانعة المدين تعنتاً باعتبار هذه الممانعة عنصراً أدبياً من عناصر احتساب التعويض ، وفي هذا النطاق يتمثل لب نظام الغرامات المالية ومعدل القوة فيه (١) .

٤ - الشرط الجزائى :

الشرط الجزائى مثل رابع في أن التقنين الجديد استقى نصوصه من القضاء المصرى السابق . وهو يختلف عن الأمثلة السابقة في أن القضاء الذى قن هنا ليس بالقضاء الذى كان يستند إلى نص تشريعى غامض مضطرب ، كما هو الأمر في الاشتراط لمصلحة الغير ، ولا بالقضاء الاجتهادى الذى لاسند له من التشريع ، كما هو الأمر في نظريتي الاستغلال والتهديد المالى ، وإنما هو قضاء اجتهادى كان يجرى على عكس النص التشريعى ويتعارض معه تعارضاً صريحاً . فقد كانت المادتان ١٢٣ / ١٨١ من القانون القديم تنصان على أنه : « إذا كان مقدار التضمين في حالة عدم الوفاء مصرحاً به في العقد أو في القانون فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر » . والنص صريح كما ترى ، وهو بعد مأخوذ من نصوص التقنين الفرنسى (١١٥٢م فرنسي) ، وهى أيضاً صريحة في هذا المعنى . ومع ذلك فقد كان كل من القضاءين الوطنى والمختلط يقضى بما يتعارض مع صريح النص ، ولا يحكم بشيء من التعريض المتفق عليه إذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن . بل ذهب القضاء الوطنى إلى مدى أبعد ، إذ كان يقضى ، حتى مع وجود الضرر ، بتخفيض التعويض المتفق عليه إلى حد يتعادل فيه مع مقدار الضرر .

فعمد التقنين الجديد إلى تقنين القضاء المصرى في هذا الصدد . ونصت المادة ٢٢٤ على ما يأتى :

« ١ - لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر » .

« ٢ - ويجوز للقاضي أن يخفف هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه » .

« ٣ - ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين » .

وهذا النص يجب أن يرجع في تطبيقه وتفسيره إلى القضاء المصري السابق الذي أسلفنا الإشارة إليه ، شأنه في ذلك شأن سائر النصوص التي تقن هذا القضاء .

على أن النص يجمع إلى مزية تقنين القضاء السابق مزايا أخرى نجملها فيما يأتي :

(أولاً) أزال التعارض بين القضاء والنصوص التشريعية . أما التعارض ما بين القضاة الوطنى والمختلط فقد زال بزوال المحاكم المختلطة .

(ثانياً) أصل أحكام الشرط الجزائى تأصيلاً قانونياً صحيحاً ، وبناها على أساس سليم . « فليس الشرط الجزائى في جوهره -- وهذا ما نقوله المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (١) . -- إلا مجرد تقدير اتفاق التعويض الواجب أدائه . فلا يعتبر بذاته مصدراً لوجوب هذا التعويض ، بل للوجوب مصدر آخر ، قد يكون التعاقد في بعض الصور ، وقد يكون العمل غير المشروع في صور أخرى . فلا بد لاستحقاق الجزاء المشروط إذن من اجتماع الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض ، وهى الخطأ والضرر والإعذار » . وهذا التأصيل الصحيح هو الذى يفسر جواز عدم الحكم بالشرط الجزائى إذا انتفى الضرر ، وجواز تخفيفه إذا قل الضرر . فما دام الضرر هو شرط واجب للجزاء المتفق عليه ، « فهو بذاته -- كما نقول هنا أيضاً المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٢) -- مناط تقدير الجزاء الواجب أدائه . ويرتب على هذا أن انتفاء الضرر يستتبع سقوط الجزاء المشروط ، ويقع عبء إثبات ذلك على عاتق المدين . وإذا كانت قيمة الضرر أقل من متدار الجزاء المشروط وجب إنقاص هذا المقدار حتى يكون معادلاً لتلك القيمة » .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ .

(ثالثاً) جعل النص هذه الأحكام من النظام العام . فلا يجوز الاتفاق على ما خالفها . وبذلك أمن المدين تعسف الدائن . وتوفى أن يفرض عليه هذا الاتفاق المخالف الذى لا يلبث أن يصبح شرطاً من الشروط المألوفة عند التعاقد (clauses de style)

هذه الأمثلة التى سقناها - وهي قليل من كثير - تنهض جميعاً للدلالة على أمور ثلاثة :

أولاً - أن الكثرة الغالبة من نصوص التقنين الجديد : وقد استقيت من القضاء المصرى ومن التقنين القديم ، يرجع القاضي فى تطبيقها وفى تفسيرها مباشرة إلى القضاء المصرى السابق .

ثانياً - أن التقنينات الأجنبية الحديثة : إذا اتفقت فى بعض نصوصها مع نصوص التقنين الجديد التى استقيت من القضاء المصرى ، فإن هذا لا يعنى الرجوع إلى هذه التقنينات فى تطبيق هذه النصوص وفى تفسيرها . فهي ليست إلا مصادر شكلية لهذه النصوص استؤنس بها فى الصياغة والأسلوب . أما لمصدر الموضوعي فهو القضاء المصرى السابق . وسيرى القارئ أننا فى هذا الكتاب لم نشر إلى التقنينات الأجنبية إلا فى مناسبات قليلة : ولم تكن الإشارة بقصد الرجوع إلى هذه التقنينات فى تفسير النصوص : بل لعقد مقارنات بين قانوننا والقوانين الأجنبية فى بعض المواطن التى تجدى فيها المقارنة ، أو لتتبع نظام من النظم القانونية فى تطوراتها التاريخية .

ثالثاً - أن التقنين الجديد : فى استقائه من التقنين القديم ومن أحكام القضاء المصرى السابق الكثرة الغالبة من نصوصه : لم يقتصر على ترديد القديم من النصوص ومن الأحكام القضائية ، بل هو قد هذب النصوص القديمة تهذيباً أبرأها به من عيوبها التى كانت محل الشكوى . وقن القضاء المصرى تقنيناً حسم به الخلاف فى موطنه ، وأكسب الأحكام القانونية شيئاً من الثبات والاستقرار ، ويسر للباحث التعرف على هذه الأحكام .

ب - الفقه الإسلامى

أولاً - ما الذى استفاد التقنين المبرم منه هذا المصدر .

الفقه الإسلامى مكان ملحوظ بين المصادر الثلاثة التى امتقي منها تنقيح

القانون المدني . فقد استبقى الفقهاء الجديدين ما استعمل عليه الفقهاء القدماء من أحكام أخذها عن الفقه الإسلامي . واستحدثت أحكاماً جديدة أخذها عن هذا الفقه . وجعل بعد ذلك كله ، الفقه الإسلامي مصدراً رسمياً للقانون المدني ، يأتي بعد التصور التشريعية والعرف ، ويتقدم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة (١) .

١ - الفهرم من الفقه الاسلامى لرى استبقاه الفقهاء الجديدين :

كان الفقهاء القدماء يستعملون على أحكام أخذها عن الفقه الإسلامي ، فاستبقاها

(١) وهذا ما كتبه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في تقريرها في هذا الصدد : « وتبينت اللجنة كذلك أن المشروع اعتمد على الشريعة الإسلامية إلى حد بعيد بين مصادره ، فجعلها مصدراً عاماً يرجع إليه القاضي إذا لم يجد حكماً في التشريع أو العرف ، وجعلها مصدراً خاصاً لطائفة لا يستهان بها من أحكامه . ولا ينكر ما للفقه الإسلامي من مكانة رفيعة بين مذاهب الفقه العالمي ، فكيف وقد كان ولا يزال معتبراً للقانون العام في كثير من المسائل في مصر . وفي تقوية الصلة بين المشروع وأحكام الشريعة إبقاء على ثروت روحى حرة بأن يسان وأن ينتفع به . واللجنة تسجل ما صادفت في المشروع من أحكام أخذت عن الشريعة الإسلامية كالأحكام الخاصة بطريقة التصرف في استعمال الحق وحالة الدين ومبدأ الحوادث عبر التوفيق . وهذه الأحكام جميعاً تتضمن من القواعد ما يعتبر شاهداً من شواهد التقدم في التقنيات العربية ، وإن كان فقهاء الشريعة قد فطروا إلى ما حدث من أحكام وأحكاموا سبكاً وتطبيقاً على ما عرض في عصورهم من أفضية لقرون حلت قبل أن يحضر شيء من ذلك بين فقهاء الغرب أو من تولوا أمر التشريع فيه . ونقل المشروع أيضاً عن الشريعة الإسلامية طائفة من الأحكام التفصيلية يكفى أن يشار في صدها إلى إما تعلق بمجلس المقدم والإيجار الوقت والحكر والإيجار الأرضى الزراعية وهلاك الزرع في العين المؤجرة وانقضاء الإيجار بموت المستأجر ونسخه بالعذر . هذا إلى مسائل أخرى كثيرة سبق أن اقتبس الفقهاء الحالي أحكامها من الشريعة الإسلامية ، وأبقاها المشروع ، كبيع المريض مرض الموت والبيع بتمتع الهلاك في البيع وغرس الأشجار في العين المؤجرة والعلو والنفق والحائض المشترك . أما الأهلية والمبة والشقة والمبدأ الخامس بالآلة تركه إلا بعد سداد الدين فقد استمد المشروع أحكامها من الشريعة الإسلامية ، وهي أحكام لها أهميتها في الحياة المدنية . وفي حدود هذا المصدر الثاني كان سلك المشروع نوعاً ارتاحت إليه اللجنة وآنت فيه اتجاهاً إلى تقدير ما للفقه الإسلامي من مزايا وأدركها علماء الغرب منذ زمن بعيد ، وبقي على دول الشرق أن تحلها المحل الخلق بها وأن تعبر عملياً عن اعتبارها بها وحرصها على استدامتها . ولعل من ذافة القول أن يشار إلى أن هذا السلك آمن في رعاية ما للخاص من حرمة ، وأبلغ في قضاء حق القدماء الذين تعهدوا الفقه الإسلامي باجتهادهم ، وأسبقوا على أحكامه من المرونة ما جعلها تنسج لما درج الناس عليه في معاملاتهم . ولا ترى اللجنة في الرجوع إلى الشريعة الإسلامية على هذا الوجه أى أساس باستقرار المعاملات ، بل ترى فيه تمكناً لأسباب الاستقرار من طريق تقصى التقاليد الصالحة التي ألفها المتعاملون في البلاد منذ مئات السنين » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٣١ - ١٣٢) .

التقنين الجديد بعد أن هذب النصوص القديمة وصحح . انطوت عليه من أخطاء .
فبيع المريض مرض الموت ، والأهلية ، والشفعة ، والهبة ، وسداد الدين قبل
إيلولة التركة للورثة ، والغبن في بيع القاصر ، وخيار الرؤية ، وتبعة الهلاك في
البيع . وغرس الأشجار في العين المؤجرة ، والأحكام المتعلقة بالعلو والسفل ،
وبالحائظ المشترك ، ومدة التقادم ، كل هذه موضوعات اشتمل عليها التقنين
القديم واستبقاها التقنين الجديد بعد أن هذبها وصحح فيها .

وقد هذب التقنين الجديد بوجـه خاص الأحكام المتعلقة بتصرفات المريض
مرض الموت وبالهبة وبسداد الدين قبل أيلولة التركة للورثة .

فقد صحح النصوص الخاصة ببيع المريض مرض الموت من الأخطاء التي
تسربت إليها في التقنين القديم إذ جعل العبرة بالقدر المحابي به لابقية المبيع ، ونظر
إلى قيمة المبيع وقت الموت لا وقت البيع . ولم يقتصر من تصرفات المريض على البيع ،
بل أورد في النصوص المتعلقة بالوصية أحكاماً تناولت تصرفات المريض
بوجه عام نقلها عن الفقه الإسلامي والقضاء المصري . فنصت المادة ٩١٦ على
أن : « ١ - كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً
به التبرع ، يعتبر مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت
التسمية التي تعطى لهذا التصرف . ٢ - وعلى ورثة من تصرفوا أن يثبتوا أن العمل
القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع
الطرق ، ولا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً .
٣ - وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر
التصرف صادراً على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس
ذلك . كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه » . ونصت المادة ٩١٧ على أنه :
« إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بجائزة العين التي
تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد
الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية ، ما لم يقيم دليل يخالف ذلك » .

كذلك فعل التقنين الجديد في عقد الهبة . فقد نقل أحكام التقنين القديم
المتعلقة بها . ولم يكتف بذلك ، فإن هذه الأحكام كانت مقتضبة ، وكانت
مقصورة على انشكل دون الموضوع . فأورد أحكام الهبة كاملة من حيث
شكلها ومن حيث مرضوعها . واستمد الأحكام الموضوعية من الفقه الإسلامي .

ولم يقتصر التقنين الجديد على الأخذ بالمبدأ القاضي بالأ تركة إلا بعد سداد الدين - وقد كان التقنين القديم يجعل المبدأ مفهوماً في ثنايا نصوصه - بل عمد إلى هذا المبدأ الخطير فنظمه تنظيماً دقيقاً وفصل الإجراءات التي تكفل تطبيقه ، وهي إجراءات عملية كانت الحاجة إليها ملحة ، فسد بذلك فراغاً كبيراً .

٢ - الجرمير من الفقه الاسلامي الذي استمد التقنين الجرمير :

وقد استحدث التقنين الجديد أحكاماً أخرى استمدتها من الفقه الإسلامي . وبعض هذه الأحكام الجديدة هي مبادئ عامة ، وبعضها مسائل تفصيلية . فن المبادئ العامة التي أخذ بها النزعة الموضوعية التي نراها تتخلل كثيراً من نصوصه . وهذه هي نزعة الفقه الإسلامي والقوانين الجرمانية ، أثرها التقنين الجديد على النزعة الذاتية التي هي طابع القوانين اللاتينية ، وجعل الفقه الإسلامي عمدته في الترجيح .

ومن هذه المبادئ أيضاً نظرية التعسف في استعمال الحق . لم يأخذها التقنين الجديد عن القوانين الغربية فحسب ، بل استمدتها كذلك من أحكام الفقه الإسلامي . ولم يقتصر فيها على المعيار الشخصي الذي اقتضت عليه أكثر القوانين ، بل ضم إليها معياراً موضوعياً في الفقه الإسلامي يقيد استعمال الحق بالمصالح المشروعة ويتوقى الضرر الجسم الذي قد يصيب الغير من استعماله . وكذلك الأمر في حوالة الدين ، أغفلت القوانين اللاتينية ، ونظمتها القوانين الجرمانية متفقة في ذلك مع الفقه الإسلامي . فأخذ بها التقنين الجديد .

ومبدأ الحوادث الطارئة (imprévision) أخذ به بعض التقنينات الحديثة . فرجح التقنين الجديد الأخذ به استناداً إلى نظرية الضرورة ونظرية العذر في الفقه الإسلامي .

ومن الأحكام التي استحدثها التقنين الجديد مسائل تفصيلية كما قدمنا : اقتبسها من الفقه الإسلامي . ومن هذه المسائل الأحكام الخاصة بمجلس العقد . وبإيجار الوقف ، وبالحكر ، وبإيجار الأراضي الزراعية ، وبهلاك الزرع في العين المؤجرة ، وبانقضاء الإيجار بموت المستأجر وفسخه للعذر ، وبوقوع الإبراء من الدين بإرادة الدائن وحده .

٣ - الفقه الاسلامي أصبح مصدراً رسمياً للقانون المدني :

وقد نصت المادة الأولى من التقنين الجديد على أنه : إذا لم يوجد نص تشريعي

يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .
ويتبين من ذلك أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي الثالث للقانون المدنى المصرى . وهي إذا أتت بعد النصوص التشريعية والعرف ، فإنها تسبق مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . ولا شك فى أن ذلك يزيد كثيراً فى أهمية الشريعة الإسلامية ، ويجعل دراستها دراسة علمية فى ضوء القانون المقارن أمراً ضرورياً لا من الناحية النظرية الفقهية فحسب ، بل كذلك من الناحية العملية التطبيقية . فكل من الفقيه والقاضي أصبح الآن مطالباً أن يستكمل أحكام القانون المدنى ، فيما لم يرد فيه نص ولم يقطع فيه عرف ، بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامى . ويجب عليه أن يرجع إلى هذه الأحكام قبل أن يرجع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . بل اهل أحكام الشريعة الإسلامية ، وهي أدق تحديداً وأكثر انضباطاً من مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، هي التى تحل محل هذه المبادئ والقواعد ، فتغنيها عنها فى كثير من المواطن (١) .

ثانياً — كيف تفسر النصوص التى استقيت من الشريعة الإسلامية وكيف نستخلص منها الأمطام باعتبارها مصدراً رسمياً :
ونبين فى إيجاز كيف تفسر النصوص المستمدة من الشريعة الإسلامية ، باعتبارها مصدراً تاريخياً وباعتبارها مصدراً رسمياً .

(١) هذا هو الحد الذى وصل إليه التقنين الجديد فى الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ، عدا المسائل الأخرى التى أخذها بالذات من الفقه الإسلامى ، وهى المسائل التى تقدم ذكرها . أما جعل الشريعة الإسلامية هى الأساس الأول الذى يبنى عليه تفسيرنا المدنى ، فلا يزال أمنية من أعز الأمنى التى تحتلج بها الصدور ، وتتطوى عليها الجوانح . ولكن قبل أن تصح هذه الأمنية حقيقة واقعة ، ينبغى أن تقوم نهضة علمية قوية لدراسة الشريعة الإسلامية فى ضوء القانون المقارن . ونرجو أن يكون من وراء جعل الفقه الإسلامى مصدراً رسمياً للقانون الجديد ما يعاون على قيام هذه النهضة .

وقد حاول بعض رجال القانون أن يتبنوا الحوادث ، فدرسوا الشريعة الإسلامية دراسة سطحية لا غناء فيها ، وقدموا نموذجاً يشتمل على بعض النصوص فى نظرية العقد ، زعموا أنها أحكام الشريعة الإسلامية ، وهى ليست من الشريعة الإسلامية فى شيء . ودار فى شأن هذه النصوص حوار غيب فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ .
(انظر فى تفصيل هذه المسألة مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٨٥ — ٨٩) .

أما النصوص التي نقاها التقنين الجديد عن الشريعة الإسلامية ، فأصبحت نصراً تشريعية وأصبح الفقه الإسلامي مصدراً تاريخياً لها . فهذه نرجع في تفسيرها إلى مصدرين رئيسيين :

المصدر الأول - هو القضاء المصري فيما يوجد له تفسير في هذا القضاء . والقضاء المصري غني بالمبادئ والأحكام في موضوعات كرض الموت والشفعة والحكر وإنجاز الوقف . فعلى من يفسر نصوص القانون الجديد الواردة في هذه الموضوعات وأمثالها أن يرجع إلى هذا القضاء فيما استقر عليه من المبادئ .

والمصدر الثاني - هو ما جاء في كتب الفقه الإسلامي ، وبخاصة في تفسير ما لا يوجد له تفسير في القضاء المصري . والرجوع إلى الفقه الإسلامي في كتبه المعتمدة واجب أيضاً عند ما يراد استخلاص الأحكام من الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً رسمياً للقانون المدني .

وفي رأينا أنه حيث ينبغي الرجوع إلى الفقه الإسلامي في كتبه المعتمدة ، سواء أكان هذا الفقه هو المصدر الرسمي التي تستمد منه الأحكام أم كان هو المصدر التاريخي الذي تفسر في صوته النصوص التشريعية ، يجب أن يراعي أمران حوهران :

الأمر الأول - هو عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي . فكل مذاهب الفقه يجوز الرجوع إليها والأخذ منها . ولا محل للوقوف عند أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة . بل ولا ينتقيد بالمذهب الحنفي في جملته . ولعلنا نذهب إلى مدى أبعد ، فنقول إنه لا موجب للتقيد بالمذاهب الأربعة المعروفة ، فهناك مذاهب أخرى ، كذهب الريدبة ومذهب الإمامية ، يمكن الانتفاع بها إلى حد بعيد .

والأمر الثاني - هو أن يراعي في الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي التنسيق ما بين هذه الأحكام والمبادئ العامة التي يقوم عليها التشريع المدني في جملته . فلا يجوز الأخذ بمحكم في الفقه الإسلامي يتعارض مع مبدأ من هذه المبادئ ، حتى لا يفتقد التقنين المدني تجانسه وانسجامه . وفيما قدمناه من الرخصة في الأخذ بمذاهب الفقه جميعاً ، دون تمييز بين مذهب ومذهب ، ما يجعل تحقيق هذا التنسيق ميسوراً ، فلا يصل الباحث في تفصلات الفقه الإسلامي : ولا يختار منها إلا ما يتسق مع

المبادئ العامة للتشريع المدني (١) .

ج - التقنيات الحديثة

أولاً - ما الزى استفاد التقنين الجبريد من هذا المصدر :

. والمصدر الثالث الذى استقى منه التقنين الجديد بعض أحكامه ، والكثير من صيغه وعباراته ، هو التقنين الحديث . فقد حرص واضعو التقنين الجديد على أن ينتفعوا انتفاعا كاملا بكل خطوة خطتها التقنيات الحديثة فى طريق الكمال من ناحية الأسلوب الفنى والصياغة التشريعية .

وقد رتب هذه التقنيات الحديثة فانتظمها أقسام ثلاثة : القسم الأول التقنيات اللاتينية قديمها وحديثها . فالقديم يأتى على رأسه التقنين الفرنسى ، ومعه التقنين الإيطالى القديم ، والتقنين الأسبانى ، والتقنين البرتغالى ، والتقنين الهولندى . والحديث يشتمل على التقنينين التونسى والمراكشى ، والتقنين اللبناى ، والمشروع الفرنسى الإيطالى ، والتقنين الإيطالى الجديد . والقسم الثانى التقنيات الجرمانية . وأهمها التقنين الألماني ، والتقنين السويسرى ، والتقنين النمساوى . والقسم الثالث تقنيات متخيرة استقت من كائنا المدرستين اللاتينية والجرمانية . وأهم هذه التقنيات التقنين البولونى ، والتقنين البرازيلى ، والتقنين الصينى ، والتقنين اليابانى .

ولكل من هذه التقنيات مزايا وعيوب (٢) وقد توخى التقنين الجديد

(١) وفى محاولة الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية عن دراسة سطحية لا تعمق فيها ، وهى المحاولة التى أشرنا إليها فيما تقدم . ظن واضعو النموذج الذى سبق ذكره أن نظرية عيوب الرضاء ونظرية البطلان ونظرية السبب ونظرية الفسخ هى نظريات يمكن الأخذ بها كما هى مبسطة فى القوانين الحديثة مع نسبتها إلى مذاهب فى الفقه الإنسانى تتعارض معها كل التعارض . وبديهى أن الشريعة الإسلامية لا تخدم عن طريق أن ينسب إليها ما ليس منها ، وإنما تخدم عن طريق دراستها دراسة علمية صحيحة ، وأول شرط لهذه الدراسة هى الأمانة العلمية . ولا يجب الشريعة الإسلامية أنها لا تتأوع فى بعض نظرياتها ما وصل إليه القانون الحديث من نظريات معروفة ، ولكن يجبها أن تشوه مبادئها وأن تمنح أحكامها .

(٢) والمشروع الفرنسى الإيطالى أكسب التقنيات اللاتينية القيمة جيدة لم تكن لها ، ونفخ فيها روح العصر ، وجمع بين البساطة والوضوح ، مع شيء كثير من المذاقة والتجديد . نرى أن المشروع يكاد يكون محافظا إذا قيس إلى تقنيات العائلة الأخرى . والتقنين الألمانى يعد أحجم تقنين =

أن ينتفع بجزاها وأن يتوفى عيوبها وهذا كله في حدود تقاليدنا القانونية وما استقر عليه قضاؤنا وفقهنا. وأكثر ما رجع إليه التقنين الجديد، من هذه التقنيات: خمسة: المشروع الفرنسي الإبطالي، والتقنين الإبطالي الجديد، والتقنين السويسري، والتقنين الألماني، والتقنين البولوني. فالتقنين الجديد، وإن كان قد اتخذ التقنيات اللاتينية أساسا له إلا أنه لم يلتزمها وحدها، بل رجع أيضا إلى التقنيات الجرمانية.

وقد رجع التقنين الجديد إلى هذه التقنيات الحديثة في بعض النواحي الموضوعية. ولكنه رجع إليها أكثر مارجع في نواحي الصياغة والأسلوب. أما النواحي الموضوعية فأهمها بعض النظم القانونية التي كانت تنقص القانون القديم، كالمؤسسات وحوالة الدين والإعسار، وبعض المسائل التفصيلية التي أخذت عن التقنيات الحديثة، كمثوية عديم التميز والمسئولية عن الآلات الميكانيكية والتصوص الخاصة بالحوادث الطارئة وإدارة الملكية في الشروع وبملكية الأسرة وباتحاد ملاك الطبقات. وجارى التقنين الجديد فوق ذلك، كما قدمنا. التقنيات الجرمانية والنقمة الإسلامية في إثبات المعايير الموضوعية على المعايير الذاتية في كثير من المسائل.

وأما نواحي الصياغة والأسلوب فقد أفاد منها التقنين الجديد أكبر الفائدة. ولكن واضعي هذا التقنين حرصوا كل الحرص، وهم في سبيل الانتفاع من

== صدر في العصر الحديث، وهو خلاصة النظريات العلمية الألمانية منى قرن كامل، وبير من الناحية الفقهية أى تقنين آخر، فقد اتبع الرتبة تعد من أدق الطرق العلمية وأقربها إلى المنطق القانوني. ولكن هذا كانت عائلا له عن الاشارة، فإن تقييده التي ودقته العلمية أفضياه بعض الشيء عن معنى الحياة العملية، وجعله ملقى التركيب، عسر الفهم. والتقنين المتساوى يرجع عهده إلى أوائل القرن التاسع عشر، وقد ظهر في سنة ١٨١٢ عقب التقنين الفرنسي، ولكنه لم يتبع له من النجاح ما أتبع لهذا التقنين، لذلك بقي محدود الاشارة في أوروبا حتى عمره التقنين الألماني، وقد قام اتحاديون بتفجج تقنينهم في أول سى الحرب العالمية الأولى، وظهر التقيح في سنة ١٩١٦، فأعاد لهذا التقنين العتيق شيئا من أجدة والمبادرة لروح العصر، أما التقنين السويسري — تقنين الالتزامات والتقنين المدني — فقد كان المنظر أن يكون، وهو من عمل أسانذة (فيك وهو بر)، عملا فقهيا، فإذا به ذو صفة عملية بارزة. ويجمع التقنين السويسري إلى الوضوح والبساطة الدقة والتمتع وإن كان خداعاً في عس المواطن فيما ينسب به من وضوح ودقة (أطرى في كل ذلك المحاصرة التي أنقبتاها في الجمعية الخيرية للملكية وتحتا بها باب الاستثناء في التقنين الجديد: مجلة القانون والاقتصاد ١٢ س ٥٥٥ — س ٥٥٩).

التقنيات الحديثة في الصياغة والأسلوب : على أن يحققوا أمرين : أولاً أن تكون العبارات التي استعيرت من التقنيات الأجنبية لم تقتبس إلا لأنها تؤدي، في أمانة ووضوح : المعاني التي قصدوا إلى نقلها عن القضاء المصري وعن نصوص التقنين القديم . والأمر الثاني أنهم فيما استعاروه من صيغ وعبارات عن التقنيات الحديثة تجنبوا أن يقع أى تنافر فيما بين أجزاء التقنين ، وحرصوا على أن تنصهر هذه العناصر كلها في بوتقة واحدة ، وأن ينتظم حباتها جميعاً عقد واحد .

ثانياً - كيف تفسر النصوص التي استقت من التقنيات الحديثة :

أهم مبدأ ينبغي أن ننبه له الباحث في تفسير التقنين المدني الجديد هو أن نصوص هذا التقنين التي استمدت من التقنيات الأجنبية يجب أن تفصل فصلاً تاماً عن مصادرها الأجنبية ، فلا يرجع إلى هذه المصادر في تطبيقها وتفسيرها . هذه النصوص التشريعية قد اندمجت في تقنين قائم بذاته ، فأصبح لها من الكيان الذاتي ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التي أخذت منها . وإنما يجب الرجوع في تفسير هذه النصوص إلى مصادرها الموضوعية من قضاء مصري سابق ومن فقه مصري تقليدى ومن نصوص تشريعية قديمة . هذه هي المصادر الأولى التي يجب أن يرجع إليها في التفسير . وقد ألححنا في التنبيه على ذلك عندما تكلمنا في القضاء المصري كمصدر أول استقى منه تنقيح التقنين المدني . أما التقنيات الأجنبية فلا يرجع إليها إلا لأغراض علمية بحتة : كالموازنة بين الشرائع المختلفة ، وكاستقصاء التطور التاريخي لنظام قانوني معين .

هذا المبدأ الجوهرى الذى نقرره يفرض نفسه على كل باحث في التقنين الجديد للأسباب الآتية :

١ - أن الكثرة الغالبة من النصوص المستمدة من التقنيات الحديثة إن هي ، في الواقع من الأمر : إلا تقنين لما جرى عليه القضاء المصري : أو إصلاح لعيوب في نصوص التقنين القديم . ولم يقصد من الاستئناس بصياغة التقنيات الحديثة ومن محاكاة أسلوبها التشريعي إحداث أى تغيير في الأحكام التي تضمنتها نصوص التقنين القديم أو جرى بها القضاء المصري . وقد تكررت الإشارة إلى ذلك (١) .

(١) وقد جاء في نسخة طبعه المجلد الأول من مجلس الشيوخ ما يثبت هذا الأمر فيما أتت به :

٢ - أن القليل الباقي من النصوص المستمدة من التقنيات الحديثة ، وهي التي طرقت موضوعات جديدة لم تكن موجودة في التقنين القديم ، لم تنقل هذه الموضوعات على علاقتها من مصادرها الأجنبية . بل إن هذه النصوص قد محصت قبل نقلها إلى التقنين الجديد ، وعدلت بحيث تتسق مع سائر النصوص . فهي أقرب إلى أن تكون جزءاً أصيلاً متماسكاً من أجزاء هذا التقنين ، تسرى فيه روحه ، وينبسط عليه ما ينتظم سائر الأجزاء من وحدة وانسجام (١) .

٣ - أن أية محاولة يراد بها تفسير النصوص المستمدة من التقنيات الحديثة بالرجوع إلى هذه التقنيات هي محاولة مقضي عليها بالفشل . فإن هذه التقنيات كثيرة متنوعة ، ولكل تقنين نهجه وشرعته ، وله فقهه وقضاؤه ، وكثيراً ما يقع بينها التعارض والتنافر . فكيف يجوز أن نرجع في تفسير تقنين متماسك الأجزاء ،

== « والكثرة الغالبة من النصوص المدروسة قد طُفرت من وراء الاستئناس بصيغ التقنيات الأجنبية بدقة في الأداء ، وإيجاز في التعبير ، جعلاً للمشروع قيمة فنية ذاتية ، وطامعاً حسناً . وقد روجعت هذه النصوص في اللجنة التي أنشأتها وزارة العدل بعد جمع الآراء من طريق الاستفتاء ، وروجعت كذلك في لجان مجلس البرلمان ، وأدخل عليها من التعديل اللفظي والموضوعي ما يجعلها تعبر تعبيراً واضحاً عن المعاني التي قصدت إلى أدائها . ولا محل لأن يعاب على المشروع ارتفاعه من التجربة التي انتهت إليها التقنيات الأجنبية في حدود الصياغة ، ولا سيما بعد أن روجعت الصياغة على النحو المتقدم ذكره ، وانفصلت بذلك عن كل مصدر من مصادر الاستئناس ، وأصبحت معبرة في ذاتها عن المعاني التي استظهرها كل من ساهم في وضع المشروع أو مراجعته أو إقراره » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٢٣) .

(١) وهذا أيضاً ما جاء في تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في هذا المعنى : « أما النصوص التي اقتبست أحكامها من تقنيات أجنبية من حيث الموضوع فهي قليلة إذا قيست بسائر نصوص المشروع . وهي تعالج أوضاعاً مستقلة أو مسائل تفصيلية تصلح لأن يفصل فيها برأى أو آخر في أي تقنين من التقنيات ، دون أن يخل ذلك بتناسق قواعده العامة أو تماسكها . ولم يتوخ المشروع في ذلك مجرد النقل أو التقليد دون نظر إلى ظروف البيئة المصرية ، ولكنه جعل من ظروف هذه البيئة رائده ، فاسترشد بها في المفاضلة بين الحكم الوارد في تقنين وبين غيره مما في تقنيات أخرى . وأدخل في كثير من الحالات على ما اقتبس من أحكام تعديلات جوهرية نزولاً على ما تقتضيه تلك الظروف . وهو في هذا لم يشذ عن الأسلوب المتبع في أكثر الدول عند التقنين في الوقت الحاضر ، والمتبع في مصر فعلاً بالنسبة إلى كثير من التشريعات . وقد أدمجت الأحكام التي اقتبست على هذا الوجه في المشروع ، وزوعى في هذا الإدماج أحكام التألف بينها وبين سائر أجزائه . ثم روجعت في مختلف اللجان على ما تقدم ذكره من قبل ، فاستوى من ذلك كله تقنين متواصل الأجزاء متجانس الأحكام » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٢٣) .

متسق النواحي : إلى مصادر متضاربة متناقضة (١) !

٤ - أن هذا الذى نقرره من وجوب أن يكون للنصوص التشريعية كيان ذاتى ، لتعيش فى البيئة التى تطبق فيها ، ولتتوثق صلتها بما يحيط بها من ملابسات ، وانتطور تبعاً لما تقتضيه الحاجات المتجددة المتغيرة ، هو مايقول به سالى وغيره من أقطاب القانون (٢) ، وهذه هي خير مدرسة نعرفها فى تفسير النصوص التشريعية .

٥ - أن هذا الذى نقرره هو أيضاً ما قصد إليه صراحة واضعو التقنين الجديد . تبين ذلك فى وضوح تام من الأعمال التحضيرية ، ونراه مذكوراً فى مبادئ التفسير التى أدلى بها أمام مجلس الشيوخ ، وتلقاه مردداً فى تقرير اللجنة التشريعية بمجلس النواب ، وفى تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ .

أما مبادئ التفسير التى أدلى بها أمام مجلس الشيوخ فقد جرت على الوجه الآتى : «(أولاً) أن الغالبية العظمى من أحكام هذا المشروع مستمدة من أحكام القانون الحالى ومن المبادئ التى أقرها القضاء المصرى طوال السبعين سنة الماضية ، ومطابقة للقواعد القانونية التى جرى عليها القضاء والفقه فى مصر . وهذا هو المصدر الذى يرجع إليه عند تفسير هذا القانون . وأما المصادر الأجنبية فليست إلا مصادر استثناس للصياغة وحدها . (ثانياً) أن الأحكام التى اشتقت أصلاً من الشريعة الإسلامية يرجع فى تفسيرها إلى أحكام هذه الشريعة ، مع ملاحظة ما جاء فى المادة الأولى من المشروع من اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً من مصادر القانون ومن أن للقاضي أن يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كلما كان

(١) وفى رأينا أنه إذا جاز الرجوع فى تفسير التقنين الجديد إلى مصدر أجنبي ، فلا يكون هذا المصدر إلا الفقه الفرنسى باعتبار أن الفقه المصرى لا يزال يستمد منه ، ولا يفتأ يتابع خطواته فى كثير من المسائل . وسرى القارىء أننا فى هذا الكتاب نشير فى مناسبات كثيرة لأراء الفقهاء الفرنسيين إلى جانب آراء الفقه المصرى . أما الرجوع إلى غير الفقه المصرى والفقه الفرنسى فلا يكون إلا لأغراض علمية بحثية كما أسلفنا القول . ولا تزال ترقب اليوم الذى يبلغ فيه الفقه المصرى أشده ، فيصبح غنياً عن غيره بما يتوافر له من أسباب ذاته . وغنى عن البيان أن الرجوع إلى الفقه الإسلامى متعين فيما يجب الرجوع فيه إلى هذا الفقه ، على النحو الذى سبق بيانه .

(٢) أنظر المقدمة التى وضعها الأستاذ سال يخدم بها كتاب الأستاذ جنى المعروف فى « طرق تفسير القانون الحالى » .

هناك محل لذلك . (ثالثاً) أما الأحكام القليلة التي اشتقت من تقنينات أجنبية في موضوعات جديدة مستقلة (المؤسسات ، حوالة الدين ، ملكية الأسرة ، اتحاد الملاك ، الإعسار المدني ، تصفية الشركات) فقد روعي في وضعها أن تكون متمشية مع البيئة المصرية ، متفقة مع العرف والعادات ، متناسقة مع سائر أحكام المشروع . وبذلك تكون قد انزلت من مصادرها وأصبح لها كيان ذاتي قوامه تساندها مع غيرها من نصوص ، ويرجع في تفسيرها إلى النصوص ذاتها وما درج عليه القضاء في مثل هذه الأحوال (١) .

وأما ما جاء في تقرير اللجنة التشريعية بمجلس النواب في هذا الصدد ، فهذا هو : « ولا يسع اللجنة ، وهي تختم تقريرها ، إلا أن تسجل الكلمة القيمة التي

(١) وقد أقرت الحكومة هذا البيان . وهو بيان عهدت لجنة القانون المدني إلى رئيسها حضرة الشيخ المحترم محمد محمد الوكيل (باشا) في أن يدل به أمام مجلس الشيوخ ، وقد أودع به فعلاً أمام المجلس ، وقدم له في خطابه بالعبارات الآتية : « ولا يحسن أحد أن تعدد المصادر على الوجه المتقدم أفند المشروع ما كان ينبغي أن يتوافر له من أسباب التماسك والتناسق . فالواقع أن هذه المصادر جيداً تتقارب في مشاربها . فقواعد التقنين الحالي وما يكملها من اجتهاد القضاء عاشاً جنباً إلى جنب مع الشريعة الإسلامية والقواعد المستمدة منها . ثم إن القواعد المستمدة من القوانين الحديثة تمثل التقدم العلمي الذي تحقق على أساس تطور القديم . وهل خطت مصر خطوة واسعة في تشريعاتها إلا على أساس تغيير الصالح من مختلف المصادر بل ومن تشريعات متباينة . والواقع أن العبرة في التقنين بتناسك الحلول وتواصلها ، فقد يتم هذا التواصل وذاك التماسك رغم تعدد المصادر إذا بذلت العناية الواجبة في هذا الشأن ، وقد ينتفيان رغم وحدة المصدر إذا قصرت هذه العناية عن تحقيق الغرض . والمشروع المروض قد وفق في التأليف بين القواعد التي استقاها من المصادر التي تقدمت الإشارة إليها ، وقد يسر له ذلك اعتناؤه اعتماداً أولاً ورئسياً على التقنين الحالي وقضاء المحاكم المصرية وأحكام الشريعة الإسلامية كما أسلفنا . ومن الواجب أن أشير فوق هذا كله إلى أن تنقيح القانون المدني في أية دولة من الدول في الوقت الحاضر لا يمكن أن يغفل تقدم التقنينات في الدول الأخرى ، أو يهمل الاسترشاد بها والانتباس منها . وأبلغ شاهد على ذلك ما وقع في التقنين المدني السويسري واللبناني والبولوني والإيطالي والمشروع الفرنسي الجديد . وقد أثار بعض حضرات رجال القانون مسألة مصادر المشروع ، وقدموا في هذا الشأن بعض ملاحظات تعرض لفهم أحكام المشروع وتفسيرها وتطبيقها . وكانت اللجنة قد أوفت هذه المسألة حقها من البحث في تقريرها ، وقمت من ناحيتي بتوضيح الأمر في كلتي هذه ، إلا أنه رغبة في زيادة الإيضاح ، وتأكيذاً للمعنى الذي ذهبت إليه اللجنة ، عهدت إلى أن أدلى برأيها في هذا الموضوع إن شاء الله تعالى : (أولاً) أن الغالبية العظمى من أحكام هذا المشروع ... إلخ . » (مجموعة الأعمال التوضيحية ١ ص ١١٦ و ١١٧ و ص ١٦١ و ١٦٢) .

أدلى بها مندوب الحكومة بعد الانتهاء من بحث المشروع وهي : أن النصوص التشريعية الواردة في هذا المشروع لها من الكيان الذاتي ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التي أخذت منها . ولم يكن الغرض من الرجوع إلى التقنيات الحديثة أن يتصل المشروع بهذه التقنيات المختلفة اتصال تبعية في التفسير والتطبيق والتطور ، فإن هذا حتى لو كان ممكناً ، لا يكون مرغوباً فيه . فمن المقطوع به أن كل نص تشريعي ينبغي أن يعيش في البيئة التي يطبق فيها ، وحياء حياة قومية توثق صلته بما يحيط به من ملائسات ، وما يخضع له من مقتضيات . فينفسل انفصالاً تاماً عن المصدر التاريخي الذي أخذ منه ، أيا كان هذا المصدر . وقد حان الوقت الذي يكون لمصر فيه قضاء ذاتي وفقه مستقل . ولكل من القضاء والفقه ، بل على كل منهما ، عند تطبيق النص أو تفسيره ، أن يعتبر هذا النص قائماً بذاته ، منفصلاً عن مصدره ، فيطبقه أو يفسره تبعاً لما تقتضيه المصلحة : ولما يتسع له التفسير من حلول تفي بحاجات البلد ، وتساير مقتضيات العدالة . وبذلك تتطور هذه النصوص في صميم الحياة القومية ، وتثبت ذاتيتها ، ويتأكد استقلالها ، ويتحقق ما قصد إليه واضعو المشروع من أن يكون لمصر قانون قومي يستند إلى قضاء وفقه لها من الطابع الذاتي ما يجعل أثرها ملحوظاً في التطور العالمي للقانون» .

« وترحب اللجنة بهذه الفرصة الطيبة التي ستتاح للقضاء والفقه في مصر ، عند تطبيق هذه النصوص وتفسيرها ، في أن يجد المكان الفسيح لجهاد والاستنباط بعد أن انفك عنهما غل القيد بمتابعة قانون واحد معين في نصوصه التشريعية وفي قضائه وفقهه ، بل بعد أن أصبحا في حل ، وقد انفصلت النصوص عن مصادرها ، من التقيد بمتابعة أي قانون معين ، فخرجاً بذلك من باب التقليد الضيق إلى ميدان الاجتهاد الفسيح (١) » .

وهذا ما جاء أخيراً في تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ : « أما ما يقال عن صعوبة التفسير وإلزام القاضي بالرجوع إلى فقه دول متعددة للوقوف على مفهوم نص معين ، فترى اللجنة أن النصوص متى أدمجت في التقنين انعزلت عن مصادر الاستثناس ، وأصبح لها كيان ذاتي قوامه تساندها مع غيرها من

نصوص هذا التقنين ، وأثرها في البيئة التي تعيش فيها ، واضعاً لها بظروف هذه البيئة . فما نقل من الصيغ أو النصوص عن تشريعات أو تقنينات أجنبية وصل بنصوص أخرى في المشروع تحددت دلالتها من قبل في التقنين الحالي وفي الفقه المصري وأحكام القضاء في مصر ، وهذا التآلف هو أول بل وأهم عنصر من عناصر التفسير (١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٣٦ — ص ١٣٧ .
هذا وقد ساور بعض رجال القانون خشية من أن التقنين الجديد قد تعوزه وحدة منسجمة يرجع إليها في تفسير ما يخص من نصوصه وفي تكميل ما نقص من أحكامه (أنظر مارافان في مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير وفبراير ص ٤٢ — الدكتور شفيق شحاته في جريدة المحاكم المختلطة عدد ٣٥٤٦ تاريخ ٤ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٤٥) . وهذه الخشية لا مبرر لها . فإن المصدر الأساسي للتقنين الجديد لا يزال هو النظام اللاتيني ، ممثلاً في نصوص التقنين القديم وفي أحكام القضاء المصري ، ومتملاً كذلك في التقنينات اللاتينية القديمة منها والحديثة ، ومقترناً بأحكام من الفقه الإسلامي تعود التشريع المدني المصري أن يراها متألفة من النظام اللاتيني طوال السنين السابقة . ولم يدخل النظام الجرمانى في التقنين الجديد إلا بقدر ، وفي الحدود اللازمة لإصلاح عيوب النظام اللاتيني .
وسنعود إلى هذا الموضوع بتفصيل أوفى .

(٣)

الفروق الجوهرية ما بين التقنين القديم والجديد

(ما استحدث التقنين الجديد من أحكام ، وما قنته وكان معمولاً به من قبل)

*
* *

فى غير ما أضاف التقنين الجديد سداً لنقص بين كان ملحوظاً فى التقنين القديم ، وفى غير ما عالج من عيوب كانت بارزة فى النصوص القديمة ، وفى غير التبويب وقد عولجت فيه عيوب التقنين القديم على النحو الذى قدمناه ، لم يحمل التقنين الجديد فى نصوصه وأحكامه شيئاً يغاير ما كان التقنين القديم يتضمن من نصوص وأحكام .

ويمكن رد الفروق الجوهرية ما بين التقنين القديم والجديد إلى أصليين :
الأصل الأول هو ما استحدث التقنين الجديد من أحكام لم يكن معمولاً بها من قبل . والأصل الثانى هو ما قنت من أحكام كان معمولاً بها من قبل ولكن نصوص التقنين القديم كانت تقصر عن تأديتها .

١ - ما استحدث التقنين الجديد من أحكام لم يكن معمولاً بها من قبل
استحدث التقنين الجديد موضوعات كاملة لم يعرض لها التقنين القديم مع شدة الحاجة إليها ، ومسائل أخرى تفصيلية تناثرت فى أبوابه المختلفة .

١ - موضوعات لأمة :

هذه الموضوعات هي المؤسسات والإعسار المدنى وحوالة الدين وتصفية التركة .

أولاً - المؤسسات (م ٦٩-٨٠) :

لم يكن التقنين القديم يعرف المؤسسات (foundations) . وكان نظام الوقف المعروف يؤدى بعض الأغراض التى وجدت المؤسسات من أجلها ، وبخاصة الوقف الخبرى الذى يرصد مباشرة على جهات البر . ولكن نظام

الوقف في كثير من الحالات يضيق عن الوفاء بأغراض المؤسسات ، حتى أن كثيراً من المؤسسات الاجتماعية والخيرية في مصر لم يتسع لها هذا النظام ، فاتخذ نظام جمعية عادية على مافي ذلك من ضيق و حرج ، أو اتخذ بطريق مباشر شكل مؤسسة ، ولم يبال بانعدام النصوص القانونية التي تقرر أحكام المؤسسات . من أجل ذلك أدخل القانون الجديد نظام المؤسسات ، وأورد النصوص التي تقرر أحكامها .

وتتلخص هذه النصوص في أن المؤسسة شخص اعتباري يقوم على تخصيص مال لغرض لا ينطوي على ربح مادي . فبدخل في ذلك أعمال البر والأعمال العلمية والفنية والرياضية والدينية وغير ذلك من أعمال النفع العام . وتختلف المؤسسة عن الجمعية في أن الأولى تقوم على مال يخصص للغرض المقصود ، أما الأخرى فتقوم على جعاعة من الأشخاص تتكون منهم الجمعية . وتختلف المؤسسة عن الوقف في أن الوقف لا يكون إلا في العقار ، أما المنقول فلا يوقف منه إلا ما تعرف الوقف فيه . هذا إلى أن الوقف يخضع لنظام لامرونة فيه ، ولا يتسع لإنشاء مستشفيات وملاجيء ومعاهد وهيئات أخرى يتسع لها نظام المؤسسات بما انطوى عليه من مرونة (١) .

وأداة تكوين المؤسسة هي إرادة المؤسس الذي خصص المال . وتفرغ هذه الإرادة في صورة سند رسمي إذا أنشأ المؤسسة حال حياته ، أو في صورة وصية

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « أما فيما يتعلق بالمؤسسات فالأمر أدق ، إذ يجوز التساؤل عما إذا كان من المناسب إنشاء نظام آخر لحبس الأموال في بلد لا يزال نظام الوقف مطبقاً فيه وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية . على أن هذا التساؤل لا يلبث أن يفضى إلى وجوب الأخذ بنظام المؤسسات ، فبعض مؤسسات في مصر لم تتخذ شكل الوقف كالمدرسة العبيدية التي أنشئت في سنة ١٨٦١ ومملوكة أيام سبروروبولو الذي أنشئ في سنة ١٩٢٨ . ثم إن من المصريين من أراد أن ينشئ مستشفيات ومعاهد يخرجها مخرج المؤسسات لا مخرج الوقف ، فلم يجد أمامه إلا سبيل الهبة للحكومة للاعاق على هذه المنشآت . وثمة مؤسسة بناربو أو « قطرة الحليب » وهو مملوكة أيام إسرائيل اتخذ شكل جمعية عند إنشائه مع أن منصفه كان يقصد أن يجعل منه مؤسسة . والحاجة إلى إنشاء مؤسسات تختلف عن الوقف قد عنت للناس في مناسبات متعددة . ولذلك يكون من الخير أن يوضع تشريع للمؤسسات لتشجيع البر وإقامة هذه المنشآت على قواعد مستقرة تكفل تحقيق الأغراض التي ردت على خدمتها » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٧١)

إذا كان الإنشاء بعد الموت . ولم يجعل التقنين الجديد إنشاء المؤسسات خاضعاً لموافقة السلطة التنفيذية كما فعل التقنين الألماني والقانون البلجيكي . بل لم يجعل لهذه السلطة حق الاعتراض على إنشاء المؤسسات كما أشارت بذلك جمعية البحوث التشريعية في فرنسا . ولكنه أخضع المؤسسات لرقابة وكلها إلى الجهة التي تعينها السلطة التنفيذية . وقد تكون هذه الجهة هي وزارة الشؤون الاجتماعية أو النيابة العامة أو أية مصلحة أخرى تعين لهذا الغرض . والقضاء هو الحكم ما بين المؤسسة وجهة الرقابة إذا هما اختلفتا في أمر جوهري .

وللقضاء أيضاً أن يعدل في النظام الذي تدار به المؤسسة . وله أن يخفف من التكاليف والشروط المقررة في سند الإنشاء : بل له أن يلغها إذا كان الإلغاء لازماً للمحافظة على أموال المؤسسة أو ضرورياً لتحقيق الغرض من إنشائها . وله أخيراً أن يحكم بإلغاء المؤسسة ذاتها إذا أصبحت في حالة لا تستطيع معها تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله ، أو إذا أصبح هذا الغرض غير ممكن التحقيق ، أو إذا صار مخالفاً للقانون أو للآداب أو للنظام العام . وفي هذه الأحكام الأخيرة من التوسعة والترخص ما يجعل نظام المؤسسات أكثر مرونة من نظام الوقف .

ثانياً - الإعسار المدني (م ٢٤٩ - ٢٦٤) :

كثيراً ما عرض التقنين القديم للإعسار ، ورتب عليه نتائج خطيرة . ولكنه أغفل تنظيم هذا الإعسار ، فصارت الأمور إلى الفوضى : لا الدائنون بمطمئنين لتصرفات مدينهم المعسر ، ولا هم مطمئنون بعضهم لبعض ، ولا المدين بمطمئن لهم جميعاً . فنظم التقنين الجديد الإعسار تنظيمًا راعى فيه مصلحة الدائن ومصلحة المدين معاً ، وتحاشى أن تكون هناك تصفية جماعية لأموال المدين المعسر حتى يجنبه ما يستتبع ذلك عادة من إرهاب وعنت . وراعى فيما يتعلق بالمدين أنه أصبح موكولاً إلى نظام أوضح حدوداً ، فلم يعد يلحق به وصف الإعسار بمجرد زيادة دينه على ماله ، بل يشترط أن تكون أمواله غير كافية لوفاء ديونه مستحقة الأداء ، والقاضي على كل حال لا يشهر إعساره إلا بعد أن يقدر جميع الظروف التي أحاطت به ، سواء أكانت هذه الظروف عامة أم خاصة ، فينظر إلى موارد المستقبلية ومقدرته الشخصية ومستوياته عن الأسباب التي أدت إلى إعساره ومصالح دائنيه المشروعة وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في حالته المالية .

وإذا شهر إعسار المدين فليس من الختم إن نحل ديونه المؤجلة ، إذ يجوز للقاضي أن يبقى على الأجل ، وله أن يمد فيه ، بل إن للقاضي أن يسير إلى مدى أبعد ، فينظر المدين إلى ميسرة بالنسبة إلى الديون المستحقة الأداء ذاتها . وبهذا تتاح للمدين المعسر تصفية ديونه ودبا في أحد الظروف ملائمة . والمدين في سبيل التصفية يجوز له أن يتصرف في ماله ولو بغير رضا الدائنين ، على أن يكون ذلك بشمن المثل ، وعلى أن يقوم بإيداع ثمن خزائنه الخسمة لتوزيعه على الدائنين . وللمدين فوق ذلك ، إذا وقع الدائنون الحجز على إيراداته ، أن يطلب إلى القضاء نفقة بتقاضاها من إيراداته المحجوزة .

هذا هو حال المدين من اليسر في هذا النظام . أما الدائنون فيكفل لهم نظام الإعسار من الحداية ما لم يكن متاحاً لهم في ظل التقنين القديم . ذلك أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار يكون من أثره ألا ينفذ أى اختصاص ، يقع بعد التسجيل على عقارات المدين ، في حق الدائنين السابقة ديونهم . على هذا التسجيل . كذلك لا يسرى في حق الدائنين أى تصرف لمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ، كما لا يسرى في حقهم أى وفاء يقوم به المدين . وتعزيراً لحماية الدائنين من تصرفات المدين ، قرر التقنين الجديد توقيع عقوبة التبديد على المدين إذا ارتكب عملاً من أعمال الغش التي إضراراً بدائنيه .

ويتبين مما قدمناه أن النظام الذي وضعه التقنين الجديد للإعسار يكفل التوفيق بين جميع المصالح المتعارضة : فهو يحمي المدين من دائنيه ، ويحمي الدائنين من بعض مدتهم ، ويحمي الدائنين بعضهم من بعض .

ثالثاً - مواءمة الدين (م ٣١٥ - ٣٢٢) :

لم يكن التقنين القديم يعرف في انتقال الالتزام إلا حوالة الحق ولم يكن ينظم حوالة الدين مع وضوح الحاجة إليها . فأضاف التقنين الجديد إلى حوالة الحق حوالة الدين جرياً على سنتن التقنينات الحديثة . هذا إلى أن الفقه الإسلامي قد نظم حوالة الدين تنظيماً محكماً دقيقاً ، وإن كان لم ينظم حوالة الحق .

وفي التقنين الجديد تم حوالة الدين إما باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين دون حاجة إلى قبول الدائن ، وإما باتفاق بين الدائن وشخص آخر يتحمل قبله الدين دون حاجة إلى قبول المدين . فإذا تمت الحوالة ، جاز

للدائن أن يطالب المدين الجديد بالدين ذاته . وجاز للمدين الجديد أن يتمسك قبل الدائن بالدفع التي كان للمدين الأصلي أن يتمسك بها . ويضمن المدين الأصلي للدائن أن يكون المدين الجديد موسراً وقت إقرار الدائن للحالة . وقد طبق التقنين الجديد حوالة الدين تطبيقاً نافعاً في حالة تعرض كثيراً في العمل ، هي حالة بيع العقار المرهون رهناً رهنياً . فإنه يجوز أن يتفق البائع والمشتري على حوالة الدين المضمون بالرهن ليتخلص البائع من الدين المترتب في ذمته بالحوالة كما يتخلص من الرهن ببيع العقار المرهون .

رابعاً - تصفية التركة (م ٨٧٦ - ٩١٤) :

من العيوب البارزة في التقنين القديم أنه في الوقت الذي كان يقر فيه القاعدة الشرعية المعروفة التي تقضي بالألا تركة إلا بعد سداد الدين ، ولو أنه لم ينص عليها في عبارة صريحة ، لم يكن يضع نظاماً لتصفية التركة ، حتى يتسلمها الورثة خالية من الديون مادامت التركة لا تنتقل إليهم إلا بعد سدادها . وقد كان إغفال هذا النظام سبباً في أن يقع القضاء والفقه في مصر في كثير من الاضطراب والارتباك ، فأراد التقنين الجديد أن يتلافى هذا النقص الخطير بوضع نصوص مفصلة ينظم بها تصفية التركة .

وبحسبنا هنا أن نحيل القارئ على هذه النصوص ، وهي تعتبر دون ريب من أهم ما استحدثه التقنين الجديد .

ب - مسائل تفصيلية متروكة :

إلى جانب هذه الموضوعات الكاملة استحدث التقنين الجديد أحكاماً أخرى تفصيلية تتعقب أهمها فيما يأتي :

في الباب التمهيدي : عدت المادة الأولى مصادر القانون ، فذكرت الفقه الإسلامي من بينها ولا شك في أن هذا كسب جديد للشرعية الإسلامية ، لم تظهر به إلا في التقنين الجديد .

وفي الكتاب الأول : وهو الكتاب الذي خصص للالتزامات بوجه عام . استحدث التقنين الجديد (١) عدا نظرية الحوادث الطارئة (م ١٤٧) مستنوية

(١) من المسائل التفصيلية التي استحدثها التقنين الجديد ، ونكتفي بالإشارة إليها في هذه الحاشية ، بقاء التعبير عن الإرادة بعد موت صاحبه أو فقد أهليته (م ٩٢) .

عديم التمييز ، فنص على أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم (أنظر م ١٦٤ فقرة ٢) . واستحدث كذلك مسئولية مبنية على خطأ مفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس عن الآلات الميكانيكية وعن الأشياء التي تتطلب حراسها عناية خاصة (أنظر م ١٧٨) وأجاز في المادة ١٧٠ للقاضي ، إذا لم يتيسر له وقت الحكم أن يبين مدى التعويض تعييناً نهائياً ، أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب في خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير .

وفي آثار الالتزام ، أجاز في المادة ٢٠٣ (فقرة ٢) للمدين إذا كان في التنفيذ العيني إرهاباً له ، أن يقتصر على دفع تعويض يقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً . وأجازت المادة ٢١٩ أن يتم إعدار المدين عن طريق البريد على الوجه المبين في تقنين المرافعات . أما في الفوائد ، فقد استحدث التقنين الجديد (م ٢٢٦ - ٢٢٧) أحكاماً هامة ترمي إلى الحد منها مجازاة للزعة في القوانين الحديثة ، فخفض السعر القانوني للفوائد إلى ٤٪ في المسائل المدنية وإلى ٥٪ في المسائل التجارية ، وخفض السعر الاتفاقى إلى ٧٪ . ونص صراحة على أنه يتعين رد مادفع زائداً على هذا المقدار . وأخذ بيد المدين في حالتين أعفاه فيهما من دفع الفوائد أو خفض منها : الحالة الأولى هي حالة ما إذا تسبب الدائن بسوء نية وهو يطالب بحقه في إطالة أمد النزاع ، فللقاضي أن يخفض الفوائد قانونية كانت أو اتفاقية ، أو لا يقضي بها إطلاقاً ، عن المدة التي طال فيها النزاع بلامبرر (م ٢٢٩) . والحالة الأخرى هي حالة ما إذا رسا المزاد في العين المحجوز عليها وفاء للمدين ، فلا يكون الدائنون مستحقين لفوائد التأخير إلا إذا كان الراسي عليه المزاد ملزماً بدفع فوائد الثمن أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد ، على ألا يجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد في هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسي عليه المزاد أو خزانة المحكمة (م ٢٣٠) وفي هذا رفق واجب بالمدين . واستكمالا للقيود الهامة التي فرضها التقنين الجديد على الفوائد ، نصت المادة ٢٣٢ على أنه لا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، ونصت كذلك على تحريم الفوائد المركبة تحريماً تاماً . وأدخل التقنين الجديد تعديلاً هاماً على قواعد الدعوى

البوليصة : فنص في المادة ٢٤٠ على أنه متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم . وكان التقنين القديم لا يجعل أحداً يستفيد من هذه الدعوى غير الدائن الذى باشرها . ورد التقنين الجديد (م ٢٤٦) الحق فى الحبس إلى تكيفه القانونى الصحيح ، فجعله دعواً بعدم التنفيذ ، لا حقاً عينياً كما كان يذهب إليه التقنين القديم . فأزال هذا التكيف الصحيح ما كان يعترض الحق فى الحبس من صعوبات ترجع إلى القواعد الخاصة بشهر الحقوق العينية ، ويمكن من تعميم هذا الحق فى جميع صورته المنطقية عن طريق رده إلى قاعدة عامة ، بعد أن كان مقصوراً فى التقنين القديم على حالات معينة ذكرت على سبيل الحصر .

وفى حوالة الحق ، جعلت الحوالة تتم دون حاجة إلى رضا المدين (م ٣٠٣) وكان التقنين القديم - الوطنى دون المختلط - يشترط هذا الرضاء . وكان فى هذا تعطيل للتعامل لأمبر له ، وتختلف عن التشي مع القوانين الحديثة تحت أثر وهم خاطيء أن هذا هو حكم الفقه الإسلامى ، والحق أن هذا الفقه غير مسئول عن هذا العيب ، لأنه لا يعرف حوالة الحق أصلاً . وقد توهم بعض الفقهاء المصرين أن ما يسميه الفقه الإسلامى فى دقة تامة بحوالة الدين ، ويشترط فيه رضا المدين ، هو هذا الذى نسميه نحن فى قوانيننا الحديثة بحوالة الحق ، والفرق ظاهر بين الحوالتين .

وفى انقضاء الالتزام ، جعل التقنين الجديد الإبراء يتم بإرادة الدائن وحدها دون حاجة إلى رضا المدين (م ٣٧١) وكان التقنين القديم يشترط هذا الرضاء ، وفى هذا التجديد رجوع إلى قواعد الفقه الإسلامى . أما التقادم فقد جعلت مدته ثلاث سنوات فى الالتزامات التى تنشأ من مصادر غير تعاقدية ، كالاتزامات التى تنشأ من العمل غير المشروع وتلك التى تنشأ من قواعد الإثراء بلا سبب كالفضالة واسترداد ما دفع دون حق . وقد نحي التقنين الجديد فى هذا التجديد منحي التقنينات الحديثة . والحكمة فى ذلك ظاهرة ، فإن الالتزام الذى يفرضه القانون على المدين فرضاً ولا يرجع فيه إلى إرادته لا يجوز أن يبقى فى الذمة أكثر من ثلاث سنوات من وقت العلم به ، بخلاف ما ارتقضاه المدين بإرادته من الالتزامات التى تعاقد عليها ، فهذه تدوم خمس عشرة سنة . وجعل التقنين الجديد الحق فى إبطال العقد لنقص فى الأهلية أو لعب من عيوب الرضاء يتقادم هو

أيضا بثلاث سنوات . حتى يستقر التعامل ولا يبقى سيف الإبطان مصطنا على العقود يهددها بالزوال مدة طويلة .

وفي الكتاب الثاني : وهو الكتاب الذى خصص للعقود المسماة « أدخل التقنين الجديد فى البيع تعديلين متفاوتين فى الأهمية . أولهما يجعل دعوى الضمان فى العيوب الخفية لا تسقط إلا بسنة كاملة (م ٤٥٢) وكانت فى التقنين القديم تسقط بثمانية أيام وهي مدة شديدة القصر . والتعديل الثانى ، وهو أهم بكثير من التعديل الأول . حرم بيع الوفاء تحريما باتا (م ٤٦٥) ، وهذه هي نهاية الشوط فى مراحل التطور لهذا البيع . فقد كان من قبل جائزا دون قيد . ولما استكثر التعامل بهذه ضروبا هي رهن حيازة مستتر يخفى الربا الفاحش . حرمه المشرع المصرى فى صورته الساترة للرهن . وقد دلت التجارب على أن بيع الوفاء فى مصر ليست إلا رهونا مستترة ، فأبطلها التقنين الجديد جميعا ، فى صورتها الساترة والسافرة .

وفى عقد الشركة أدخل التقنين الجديد تعديلا فى حالة ما إذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله . فقد كان التقنين القديم يجعل نصيب هذا الشريك فى الربح أقل الأنصبة ، وقد يكون عمله هو النشاط الجوهرى الذى تقوم عليه الشركة . فنصت المادة ٥١٤ (فقرة ثالثة) من التقنين الجديد على أن هذا الشريك يقدر نصيبه فى الربح والخسارة تبعا لما تفيده الشركة من عمله ، وهذا هو الحكم العادل .

وكان التقنين القديم — جريا على سنن القانون الفرنسى ومن قبله القانون الرومانى — يسمي طائفة من العقود ، هي القرض والعارية والودعة ورهن الحيازة ، عقودا عينا ويجعلها لانتم إلا بالتسليم . وعينية هذه العقود بقية تخلفت عن القانون الرومانى . فقد كان هذا القانون لا يسلم بأن رضا المتعاقدين وحده كاف لانعقاد العقد فى غير طائفة معينة من العقود سماها عقوداً رضائية . وكان يتطلب فى كل طائفة من طوائف العقود الأخرى ركنا غير الرضا يختلف باختلاف كل طائفة . فكان يقتضى فى طائفة العقود العينية ركن التسليم . والآن وقد أصبح رضا المتعاقدين كافيا لانعقاد العقد فى غير طائفة العقود الشكلية ، فقد زالت الحكمة فى اشتراط العينية فى بعض العقود ، ولم يعد هناك من يلقاها ،

(٥)

وقد اختفت فعلا في كثير من التقنيات الحديثة . واختفت كذلك في التقنين الجديد (١) .

وفي عقد القرض استحدث التقنين الجديد حكما هاما ، فنص في المادة ٥٤٤ على أنه إذا اتفق على الفوائد ، كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض ، أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه : على أن يتم الرد في أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان ، وفي هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن الستة الأشهر التالية للإعلان ، ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدي فائدة أو مقابلا من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء ، ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقرض في الرد ، أو الحد منه .

وفي عقد الإيجار استحدث التقنين الجديد تعديلا هاما ، فجعل التزام المؤجر التزاما إيجابيا هو أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة (م ٥٨٨) ، وكان التزام المؤجر في التقنين القديم التزاما سلبيا يقتصر على ترك المستأجر ينتفع بالعين . واقتضي هذا التعديل الجوهري نصا صريحا في التقنين الجديد (م ٥٧٦) يلزم المؤجر بضمان العيوب الخفية . كذلك حذف التقنين الجديد نصا كان موجودا في التقنين القديم ، يقضي أن يكون إثبات عقد الإيجار بالكتابة ، إذ لا يوجد مسوغ لهذا الخروج على القواعد العامة .

وعلى النقيض من عقد الإيجار ، يقتضي عقد الكفالة تشددا من ناحية الإثبات ، فإن الكفيل يكون متبرعا في أكثر الأحيان ، ويغلب أن يكون قد تورط في كفالة لا تلبث أن تعود عليه بالغرم ، ومن ثم وجب التثبت من رضائه بالكفالة . فنص التقنين الجديد على أن هذا العقد لا يثبت إلا بالكتابة ، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام المكفول بالبيئة (م ٧٧٣) .

وفي الكتاب الثالث : وهو الكتاب الذى خصص للمفوق العينة الأصلية ، استحدث التقنين الجديد تعديلات هامة في حق الملكية وأسباب كسبها .

(١) هذا مع استثناء هبة المنقول ، فإنها تم في إحدى صورتها بالقبض تنشأ مع أحكام الشريعة الإسلامية . وقد نصت المادة ٤٨٨ في هذا الصدد على ما يأتي : « ١ - تكون الهبة بورقة رسمية ، وإلا وقعت باطلة ، ما لم تم تحت ستار عقد آخر . ٢ - ومع ذلك يجوز في المنقول أن تم الهبة بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية » . ويستخلص من هذا النص أن هبة المنقول ، إذا لم تخف تحت ستار عقد آخر ، تم إما بورقة رسمية وإما بالقبض .

فأجاز لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لألاكهما المتلاصقة، وتكون نفقات التحديد شركة بينهما (م ٨١٣). وقد المثل المنحرف بأن يكون على مسافة تقل عن خمسين ستمترا من حرف المثل (م ٨٢٠). ووضع قواعد لإدارة المال الشائع جعل فيها الحكم لأغلبية الشركاء إذا تعنت الأقلية ووقفت حجر عثرة في سبيل الإصلاح (م ٨٢٨)؛ وجعل الحكم لأغلبية الشركاء كذلك حتى لو قررت هذه الأغلبية. في سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع، من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعدله المال الشائع ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة (م ٨٢٩)، بل وحتى لو قررت التصرف في المال الشائع مستندة في ذلك إلى أسباب قوية (م ٨٣٢). وقصرت المادة ٨٣٣ حق استرداد الحصة الشائعة على المنقول. أما العقار فاكنتي فيه بالشفعة، وبذلك حدد التقنين الجديد تحديدا علميا واضحا نطاق كل من نظامين متقاربين، أخذ أحدهما من التقنين الفرنسي وهو حق الاسترداد. وأخذ الآخر من الفقه الإسلامي وهو الشفعة. وأدخل التقنين الجديد في الملكية الشائعة نظامين جديدين. هما نظام ملكية الأسرة (م ٨٥١ - ٨٥٥) ونظام اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد (م ٨٦٢ - ٨٦٩). أما النظام الأول فالغرض منه تنظيم إدارة المال الشائع ما بين أعضاء الأسرة الواحدة تنظما من شأنه أن يجعل هذه الإدارة ميسرة. فأجيز الاتفاق على إنشاء ملكية للأسرة تبقى مدة تطول إلى خمس عشرة سنة لا يجوز في خلالها لأحد من الشركاء أن يطلب القسمة. وجعل للشركاء الحق في تعيين واحد منهم لإدارة المال الشائع، وأعطى لهذا المدير سلطة واسعة تصل إلى حد أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيير في الغرض الذي أعدله المال المشترك ما يحسن طرق الانتفاع به. وهذا النظام يستجيب لحاجة من حاجات المجتمع المصري في الريف. فكثيراً ما تنسب الأسرة الأرض شائعة بين الورثة بعد موت المورث، ويتولى الإدارة كبير الأسرة. فأوجد التقنين الجديد نظاماً مستقراً لهذه الحالة. والنظام الآخر - نظام اتحاد الملاك - يراد به تيسير السبيل للأوساط من الناس أن ينشئوا مساكن تكون ملكاً لهم، فأجيز تكوين اتحاد لبناء المساكن أو مشتراها وتوزيع ملكية طبقاتها على أعضاء الاتحاد، كما أجيز لملاك طبقات البناء أن يكونوا اتحاداً فيما بينهم. وبضع الاتحاد، في كل من هاتين الصورتين. نظاماً لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك، ويكون له مأمور يتولى تنفيذ قراراته.

وفى هذا تيسير لإدارة المرافق المشتركة للمباني ذوات الطبقات ، وتشجيع على إنشاء هذه المباني ، مما يعين على التفريغ من أزمة المساكن فى المدن المكتظة بالسكان .
وفى الاستيلاء كسبب للملك ، اشترط التقنين الجديد فيمن يحى الأرض الموات بقصد تملكها أن يكون مصرى (م ٨٧٤ فقرة ٣) ولم يكن هذا الشرط واجبا فى التقنين القديم .

وفى الالتصاق ، إذا أقام شخص منشآت على أرض الغير وكان يعتقد بحسن نية أن له الحق فى إقامتها ، خير صاحب الأرض بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع مبلغاً يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت .
وقد استحدث التقنين الجديد هنا حكماً ، فأجاز فى الفقرة الثانية من المادة ٩٢٥ لصاحب الأرض ، إذا كانت المنشآت قد بلغت حداً من الجسامه يرهقه ، أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل . وفى حالة أخرى ، إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة : أجازت المادة ٩٢٨ له محكمة إذا رأت محال ذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء وذلك فى نظير تعويض عادل .

وفى الشفعة ، عالج التقنين الجديد نقصاً فى التقنين القديم ، فأباحت المادة ٩٤٠ لمن يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها فى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإندار الرسمي الذى يوجه إليه البائع أو المشتري ، وإلا سقط حقه .
وكان التقنين القديم يسقط حق الشفع أيضاً إذا لم يعلن الرغبة فى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه بالبيع ، وكانت واقعة العلم هذه تثير منازعات كثيرة من ناحية الإثبات ، فوقف التقنين الجديد عند الإندار الرسمي دون العلم .
وضيق التقنين الجديد حق الأخذ بالشفعة عما كان الأمر عليه فى التقنين القديم وذلك من نواح عدة : أوجب فى خلال ثلاثين يوماً من إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة أن يودع الشفع خزانة المحكمة كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع (م ٩٤٢) وأن يقيد دعوى الشفعة بالجدول (م ٩٤٣) ، وأسقط الحق فى الأخذ بالشفعة بمقتضى المادة ٩٤٨ إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع (وفى التقنين القديم إذا انقضت ستة أشهر) أو نزل الشفع عن هذا الحق ولو قبل البيع (وفى التقنين القديم لم يكن يعتد بنزول الشفع عن الحق

قبل البيع) ، كما لم يجوز الأخذ بالشفعة . بمقتضى المادة ٩٣٩ ، إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية (وفى التقنين القديم لم يكن يجوز الأخذ بالشفعة بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الثالثة) .

وفى الكتاب الرابع : وهو الكتاب الذى خصص للتأمينات العينية ، عالج التقنين الجديد فى الرهن الرسمي رهن الحصة الشائعة . فنصت المادة ١٠٣٩ على أن الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع يبقى نافذاً أبداً كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته . وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة فى العقار أو جزءاً مفرزاً من هذا العقار ، ثم وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهوناً فى الأصل . وهذا الحكم الجديد من شأنه أن يطمئن مرتين الحصة الشائعة على ضمانه . وميز التقنين الجديد (م ١٠٣٣) بين رهن ملك الغير ويقع قابلاً للإبطال ، ورهن المال المستقبل ويقع باطلاً . وأجاز للدائن (م ١٠٦٧) أن يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره دون أن يكون مضطراً إلى زيادة العشر كما كان الأمر فى التقنين القديم .

ولم يُلغِ التقنين الجديد حق الاختصاص . ولكنه قلل من عبئيه إلى حد بعيد . فأوجب أن يكون بيد الدائن حكم واجب التنفيذ (م ١٠٨٥ فقرة ١) . وأجاز لكل ذى مصلحة أن يطلب إنقاص الاختصاص إلى الحد المناسب إذا كانت الأعيان التى رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على ما يكتفى لضمان الدين (م ١٠٩٤ فقرة ١) ، ولم يستلزم ، من ناحية أخرى ، أن يقدم الدائن صورة رسمية من الحكم للحصول على حق الاختصاص ، بل اكتفى بشهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكم (م ١٠٨٩) وهذه الشهادة يمكن الحصول عليها فى يوم صدور الحكم .

وسد التقنين الجديد ثغرة فى التقنين القديم بإيجاد حق امتياز للمقاولين وللمهندسين المعماريين (م ١١٤٨) . وقد عجل قانون الشهر العقارى إصلاحاً آخر ، بأن جعل حق امتياز بائع العقار ورهن الحيابة العقارى خاضعين لنظام القيد دون نظام التسجيل .

هذه هي أهم الأحكام التى استحدثها التقنين الجديد . وغنى عن البيان أن

أى حكم منها لا يسرى على الماضي ، ولا يطبق إلا فيما يستجد من الوقائع منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تاريخ نفاذ التقنين الجديد . وقد يثير عدم سريان هذه الأحكام على الماضي مشاكل نعالجها في مواضعها من هذا الكتاب .

٢ - ما فنن التقنين الجديد من أحكام كان معمولاً بها من قبل

وهذه طائفتان . طائفة هي الأحكام التى قررهما القضاء المصرى دون نص فى ظل التقنين القديم ، وهى أحكام على درجة كبيرة من الأهمية والخطر ، ولم تكن مقننة فقنتها التقنين الجديد . والطائفة الثانية أحكام كان منصوصاً عليها فى التقنين القديم . ولكن النصوص كانت إما معيبة فقهياً التقنين الجديد ، أو مفسدة فى مكان غير التقنين المدنى فنقلها التقنين الجديد إلى مكانها الصحيح .

١ - الأمطام التى قررهما القضاء المصرى فى ظل التقنين القديم دونه نص فننرها التقنين الجديد :

هذه الأحكام تبلغ أكثر من نصف نصوص التقنين الجديد . فقد انتفع هذا التقنين انتفاعاً بعيد المدى بالقضاء المصرى السابق ، من وطنى ومختلط ، وقن المبادئ الهامة التى أقرها هذا القضاء فى خلال سبعين عاماً عمل فيها فى ظل التقنين القديم .

فى الباب التمهيدى . وردت نصوص صريحة فى نظرية التعسف فى استعمال الحق وفى الأشخاص الطبيعية والاعتبارية وفى الجمعيات . وهذه المسائل لم يكن التقنين القديم يتناولها ، ولكن القضاء المصرى كان قد أقر مبادئها ووضع أسسها .

وفى نظرية الالتزام . أخذ التقنين الجديد بأحكام القضاء المصرى فى طائفة كبيرة من النصوص . فى العقد والعمل القانونى نقل عن القضاء المصرى كيف توافق الإرادتان ، وكيف يتعاقد الغائبان ، وأورد نصوصاً صريحة فى مبادئ كان القضاء المصرى قد أقرها ، كالنيابة فى التعاقد ، والعقد الإبدائى ، والعربون ، والاستغلال ، وإنقاص العقد ، وتحويله ، والخلف الخاص ، وعقود الإذعان ،

والتعهد عن الغير ، والدفع بعدم تنفيذ العقد ، والوعد بمجازرة . وفي مصادر الالتزام غير العقد نقل عن القضاء مسائل كثيرة ، كمعلاقة السببية في المسؤولية التصيرية ، وأسباب دفع المسؤولية ، وطرق التعويض المختلفة ، واجتماع التقادم المدني والتقادم الجنائي ، ونظرية الإثراء بلا سبب . كذلك قن التقنين الجديد اقتضاء المصرى في مسائل أخرى غير مصادر الالتزام ، كالالتزام الطبيعي ، والالتزام باتخاذ الحيلة ، ونظرية التهديد المالي . والخطأ المشترك ، والاتفاق على الإعفاء من المسؤولية ، والضرر المباشر . والضرر الأدبي ، والمطالبة القضائية بالفوائد ، وجواز تخفيض الشرط الجزائى إذا كان مبالغاه إلى درجة كبيرة ، ودعوى الصورية ، والوفاء بمقابل ، وتجديد الحساب الجارى ، والإجابة ، وتقادم الربيع ، وتقادم الاستحقاق فى الوقف ، وبدء سريان التقادم ، ووقفه ، وانقطاعه ، والزول عنه ، وتعدد الورقة الرسمية والورقة العرفية ، ودفاتر التجار ، والأوراق المنزلية ، وجواز منع توجيه الميمن الحاسمة ، وجواز إثبات الحث فيها .

وفي العقود المسماة ، قن التقنين الجديد أحكام القضاء فى البيع بالتقسيط ، وفى إقرار المشتري بالاستحقاق ، وفى ضمان صلاحية المبيع . وفى تقديم الشريك نفوذه حصه فى الشركة ، وفى القواعد التى تنظم إدارة الشركة ، وفى المسؤولية عن ديون الشركة ، وفى استمرار الشركة مع التقصر ، وفى إثبات الصلح بالكتابة ، وفى ضمان المؤجر للعيوب الخفية ، وفى حريق العين المؤجرة ، وفى التحسينات التى يستحدثها المستأجر ، وفى أثر موت المستأجر فى انقضاء عقد الإيجار ، وفى انتهاء الإيجار بالحوادث الطارئة وبانتقال الموظف وبهلاك الزرع ، وفى عدم إنقاص أجر الوكيل إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة ، وفى نائب الوكيل ، وفى مسؤولية الموكل عن الضرر الذى يصيب الوكيل ، وفى تعدد الوكلاء ، وفى ودیعة الفنادق ، وفى كفالة ناقص الأهلية ، وفى تراحم الدائن مع الكفيل فى الرجوع على المدين . كما أورد التقنين الجديد عقوداً كاملة كان القضاء المصرى قد أقر مبادئها الأساسية ، كعقد التزام المرافق العامة ، وعقد العمل ، وعقد التأمين .

وفي الحقوق العينية الأصلية ، نقل التقنين الجديد عن القضاء المصرى حقوق الجوار ، وحق الشرب والمسيل ، وحق المرور ، والحائط المشترك ، وشرط عدم التصرف ، وكثيراً من أحكام الملكية الشائعة ، والقسمة ، والشيوخ الإجبارى ، وملكية الطقات ، والتصرفات الصادرة فى مرض الموت ، وتراحم الشفعاء ،

وحق السكنى ، والقيود التي تحد من حق مالك العقار في البناء عليه كيف شاء .

وفي التأمينات العينية ، نقل التقنين الجديد أحكام القضاء المصرى في شرط تملك الرهن عند عدم الوفاء ، وفي زول الدائن المرتهن عن مرتبته ، وفي الحائز للعقار المرهون ، وفي بعض أحكام التطهير ، وفي منع حق الاختصاص بعد إعسار المدين أو موته ، وفي رهن الدين رهن حيازة ، وفي ترتيب حقوق الامتياز ، وفي التفاصيل المتعلقة بامتياز المؤجر وامتياز صاحب الفندق .

ب - الأعلام التي كانت تقوم على نص تشريعى :

نصوص كانت معية قهرىبت : كان التقنين القديم يشتمل على نصوص معية فهذهها التقنين الجديد . من ذلك النصوص المتعلقة بتقسيم الأشياء والأموال ، والنصوص التي وردت في الغلط ، وفي السبب ، وفي البطلان ، وفي الاشتراط لمصلحة الغير ، وفي مسئولية المكلف بالرقابة ، وفي مسئولية المتبوع ، وفي دفع غير المستحق ، وفي الفضالة ، وفي الدعوى غير المباشرة ، وفي الدعوى البوليصية ، وفي الحق في الحبس ، وفي التضامن ، وفي المقاصة ، وفي وقف التقادم ، وفي البيع في مرض الموت . وفي عقد المقاوله ، وفي الحراسة ، وفي القيود القانونية الواردة على حق الملكية ، وفي نظرية الحيازة ، وفي نظرية حق الارتفاق .

نصوص كانت في ملأه آفر فذلت الى التقنين المرنى : نقل التقنين الجديد هذه النصوص إليه ووضعها في مكانها الصحيح . من ذلك النص على مصادر القانون ، وكان وارداً في لائحة المحاكم الوطنية . وأحكام الأهلية والهبة وإيجار الوقف والحكر ، وكان الباحث يلتبسها في كتب الفقه الإسلامى . وأحكام العرض الحقيقي والإيداع والحالة بن حجزين وإجراءات حق الاختصاص والبقاء في الشيوع لمدة معينة ، وهذه الأحكام كانت محشورة بين نصوص تقنين المرافعات . وقسمة المورث ، وقد وردت نصوصها في قانون

الوصية . والشفعة ، وكانت قد فصلت عن التقنين المدني وصدر بها قانون خاص (١) .

(١) ويحب التمييز ، في التشريعات المدنية التي كانت منفصلة عن التقنين المدني القديم ،

بين :

« أ » تشريعات مدنية وضعت على سبيل الدوام والاستقرار ، وهي في الواقع من الأمر جزء من القانون المدني ، وإن كانت منفصلة مادياً عن التقنين المدني ، وذلك كالتشريعات الخاصة بالشفعة وبالشهر العقاري وبالفوائد وبأرض وبطرح البحر . وقد اعتبرت هذه التشريعات فعلاً جزءاً من التقنين المدني القديم ، وأدغم الكثير منها في التقنين المدني الجديد ، وإن بقي بعضها منفصلاً عنه لأسباب خاصة كقانون الشهر العقاري وقانون الرى .

« ب » تشريعات خاصة صدرت في ظروف استثنائية لمناسبات معينة ، وعاشت إلى جانب التقنين المدني القديم ، مستقلة عنه ولا صلة لها به ، فلا تبقى بقاءه ، ولا تزول بزواله . وإنما هي تبقى بقاء الظروف الاستثنائية التي كانت سبباً في صدورهما ، وتزول بزوال هذه الظروف . مثل ذلك التشريع المتعلق بعدم جواز إخلاء الأماكن المؤجرة وتمييز حد أقصى للأجرة ، والتشريع الخاص بالاستيلاء لأغراض التعليم وأغراض التوطين ، والتشريع الخاص بتجزئة الضمان . كل هذه التشريعات الاستثنائية تعتبر مستقلة عن القانون المدني ، ولم يلغها التقنين المدني الجديد ، وإنما هي باقية بقاء الظروف الاستثنائية التي استدعت صدورهما ، ولا تزول إلا إذا ألغيت بالتشريع خاص أو إذا انقضت المدة التي قدرت لبقائها .

(٤)

الاتجاهات العامة للتقنين الجديد

(موقف التقنين الجديد من الاتجاهات العامة للتقنيات الحديثة).
(التقنين الجديد بين الاستقرار والتطور ، وبين الفرد والجماعة)

١ - موقف التقنين الجديد

من الاتجاهات العامة للتقنيات الحديثة

يحسن ، حتى نرسم موقف التقنين الجديد من الاتجاهات العامة للتقنيات الحديثة ، أن نبين أولاً أهم هذه الاتجاهات . ويمكن ردها إلى اتجاهين رئيسيين : (الاتجاه الأول) يتعلق بالمدى الذى يسلم به تقنين معين بمبدأ سلطان الإرادة ، والحد الذى يفصل فى هذا التقنين ما بين المنطقة التى تنظمها الإرادة والمنطقة التى ينظمها القانون . (والاتجاه الثانى) يتعلق بمقدار ما ينطوى عليه تقنين معين من نزعة ذاتية *tendance subjective* ، ومقدار ما ينطوى عليه من نزعة موضوعية *tendance objective* ، وأية نزعة من هاتين الزعتين هي المتغلبة على الأخرى فى هذا التقنين . وهذا الاتجاه الرئيسى الثانى ينطوى على اتجاهات متنوعة . ذلك أن النزعة الذاتية أو النزعة الموضوعية للتقنين تفرض عليه موقفاً معيناً إزاء تنازع نظريات متعارضة فى أمور ثلاثة : (١) الأمر الأول - أى المذهب نختار فى تصوير الالتزام : المذهب الشخصى أم المذهب المادى ؟ (٢) والأمر الثانى - أية النظريتين نختار فى التعبير عن الإرادة : نظرية الإرادة الباطنة أو نظرية الإرادة الظاهرة ؟ (٣) والأمر الثالث - حظ التصرف المجرد *acte abstrait* بالنسبة إلى التصرف المسبب ، وهل يجوز أن يكون للأول مكان يحتله بجوار المكان الذى يحتله الثانى ؟ فالنزعة الذاتية تفرض اختيار المذهب الشخصى للالتزام ، وتؤثر نظرية الإرادة الباطنة ، ولا تجعل للتصرف المجرد مكاناً ملحوظاً إلى جانب التصرف المسبب . أما النزعة الموضوعية فعلى التقيض من ذلك نختار المذهب المادى للالتزام ، وتؤثر

نظرية الإرادة الظاهرة ، وتجعل للتصرف الجرد مكانا ملحوظا إلى جانب التصرف المسبب .

ومن ثم فالاتجاهات العامة للتقنيات الحديثة يمكن جمعها حول المسائل الأربع الآتية : (١) مبدأ سلطان الإرادة . (٢) النظرية الشخصية والنظرية المادية للالتزام . (٣) نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة . (٤) التصرف المسبب والتصرف الجرد .

ويقال عادة إن هذه الاتجاهات العامة في جملتها تفصل ما بين التقنيات اللاتينية والتقنيات الجرمانية . فالأولي مشبعة بروح الفردية بالنسبة إلى مبدأ سلطان الإرادة فتأخذه إلى مدى بعيد ، أما الأخرى فشبعة بروح الجماعة فتضع قيوداً كثيرة على هذا المبدأ . والأولي تأخذ بالنظرية الشخصية للالتزام ، بينما تأخذ الأخرى بالنظرية المادية . وتتوثر الأولي نظرية الإرادة الباطنة ، بينما تؤثر الأخرى نظرية الإرادة الظاهرة . والتصرف المسبب هو القاعدة في التقنيات الأولى ، أما التقنيات الأخرى فتبرز إلى جانب التصرف المسبب التصرف الجرد وتضع له نظرية عامة .

على أن هذا القول يلقي على عواهنه دون تمحيص . وهو إذا صدق فإنما يصدق في الناحية الفقهية أكثر مما يصدق في الناحية التشريعية . ذلك أنه لا يوجد تقنين حديث انحاز انحيازاً مطلقاً إلى أحد الاتجاهين ، ونبد بتاتا الاتجاه الآخر . فالتقنين الألماني - وهو عنوان التقنيات الجرمانية - احترم مبدأ سلطان الإرادة إلى مدى بعيد ، واعتد بالعنصر الشخصي في الالتزام ، وأخذ بالإرادة الباطنة في كثير من النواحي ، وعرف التصرف المسبب فاعتره باطلا إذا كان مخالفاً للآداب ، وجعله قابلاً للإبطال إذا شاب الإرادة عيب . والتقنين الفرنسي - وهو عنوان التقنيات اللاتينية - يضع قيوداً كثيرة على مبدأ سلطان الإرادة ، ويعتد في بعض الحالات بالعنصر المادى في الالتزام ، ويأخذ بالإرادة الظاهرة في بعض النواحي ، ويعرف التصرف الجرد ولو على سبيل الاستثناء . فالفصل ما بين التقنيات الجرمانية والتقنيات اللاتينية في هذه الاتجاهات لا يجوز أن يكون فصلاً تاماً . والذي يمكن أن يقال في هذا الصدد أن نزعة التقنيات الجرمانية أقرب إلى اتجاهات منها إلى اتجاهات أخرى ، وعلى العكس من ذلك التقنيات اللاتينية ، ولكن دون أن نستبعد هذه

الاتجاهات الأخرى استبعاداً تاماً عن كل من النظامين (١) .
أضيف إلى ما تقدم أن القوانين اللاتينية تأثرت في الخمسين عاما الأخيرة ،
منذ ظهور التقنين الألماني . بالنزعة الجرمانية تأثراً كبيراً . وقامت حركة تهدف
إلى هذا الغرض ، حمل سالي (Saleilles) لواءها في مستهل القرن العشرين .
وبرز هذا الطابع في التقنينات اللاتينية الحديثة التي ظهرت في القرن الحالي . ترى
ذلك واضحا في التقنينين التونسي والمراكشي ، وفي التقنين اللبناني ، وفي المشروع
الفرنسي الإيطالي . وفي التقنين الإيطالي الجديد ، وفي تقنينات أخرى متخيرة
كالتقنين البولوني والتقنين البرازيلي والتقنين الصيني . وكان من أثر ذلك أن أصبحت
هناك فروق محسوسة بين التقنين المدني الفرنسي أوفقنين نابليون (Code civil
français, Code Napoléon) والقانون المدني الفرنسي (Droit civil français)
وانفجرت مسافة الخلف بينهما (٢) .

أما التقنين المصري الجديد فقد بدأ في مشروعه التمهيدى يتأثر تأثراً ظاهراً
بنزعة القوانين الجرمانية . ولكن هذا التأثير أخذ يخف تدريجاً في المراحل التالية ،
وقد خف بنوع خاص في المشروع النهائي أمام لجنة المراجعة ، ثم في المشروع
الذى أقرته لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ . وهو في الصورة الأخيرة التي
صدر بها قد انحاز انحيازاً نهائياً إلى النظام اللاتينى . وإذا كانت هناك بقايا من
النزعة الجرمانية لا تزال موجودة (٣) ، فذلك هو القدر الذى تأثرت في حدوده
القوانين اللاتينية ذاتها فقها وتشريعاً بالنزعة الجرمانية . وقد تأثر تبعاً لها التقنين
المصرى الجديد ، حتى صح أن يقال إن هذا التقنين لا يزال متميلاً للنظام اللاتينى
لا في دائرة التقنين المدنى الفرنسي بالذات ، ولكن في دائرة أوسع هي دائرة

(١) أنظر في هذا المعنى الدكتور محمود أبو عافية في رسالته «التصرف القانونى المجرى»
نسخة عمرية ص ٢٧٤ - ص ٢٧٩ ، والدكتور أحمد زكى الشبى في المذكرة التى تقدم بها إلى
معهده القانون المقارن بجامعة باريس سنة ١٩٤٩ ص ٢٥ - ص ٢٦ ، وانظر بنوع خاص ماورد
في هذه المذكرة (ص ٣٧ - ص ٤٠) عن نظرية الثقة (Vertrauensstheorie) التى أخذ بها
التقنين الألمانى متوسطاً في ذلك بين نظرية الإرادة الظاهرة ونظرية الإرادة الباطنة .

(٢) أنظر في هذا المعنى التقرير الذى تقدم به الأستاذ مورى (Maury) إلى مؤتمر الأسبوع
الدولى للقانون الذى عقد بباريس سنة ١٩٥٠ ص ١٢ . ويقارن الأستاذ بين التقنين الجديد
وبين القانون الفرنسى من جهة والقانون الألمانى من جهة أخرى في ص ١٠ إلى ص ١٢ .

(٣) مثل ذلك تعريف العهد والمعايير الموضوعية والعقود التى تقوم على الإرادة الظاهرة
وغير ذلك مما سنورد تفصيلاً فيما يلى .

القانون المدنى الفرنسى المتأثر ببعض النزعات الجرمانية (١).

وإذن لم يخرج التقنين المصرى الجديد على تقاليده اللاتينية ، بل بقي محافظاً بها . والزعم بأن هذا القانون قد أحدث ثورة وانقلاباً فى الأوضاع المدنية التى كانت قائمة قبله زعم لا يقوم على أساس . فلا ثورة ولا انقلاب : ولكن تسجيل لما تم فعلاً من تأثر النظريات اللاتينية بالنظريات الجرمانية . وقد استبقى التقنين الجديد النظام اللاتينى أساساً له . ولكن النظام اللاتينى الذى استبقاه ليس هو ذلك النظام الذى ساد التقنين المدنى الفرنسى فى مستقبل القرن التاسع عشر ، بل النظام الذى تطور مسابراً لتياجات العملية وتخطى أعناق السنين حتى وصل إلى منتصف القرن العشرين . فالتقول بالثورة والانقلاب قول يخالف الواقع ، وينطوى على تجاهل لما تم من تطور فى النظم اللاتينية فى مدى قرن ونصف قرن . ونظر الآن فى ضوء ما قدمناه إلى موقف التقنين الجديد من هذه الاتجاهات العامة التى أسلفنا ذكرها .

١ — مبدأ سلطان الإرادة :

وقف التقنين الجديد من مبدأ سلطان الإرادة موقفاً معتدلاً . فلا هو انتقص منه إلى حد أن جعله يفنى فى سلطان المشرع وسلطان القاضي ، إذ لا يزال الأصل أن الإرادة حرة تحدث من الآثار القانونية ما تنتجه إلى إحداثه . ولا هو تركه

(١) أنظر فى هذا المعنى تقرير الأستاذ مورى المشار إليه وتقرير الدكتور شفيق شعاعته المقدم إلى مؤتمر الأسبوع الدولى الذى تقدم ذكره . وجاء فى ميسوط القانون المقارن للأستاذة بير أرمانجون والبارون بوريس نولد ومارتن وولف ، باريس ١٩٥٠ جزء ثانى ص ٦١٨ (Traité de Droit Comparé, par Pierre Arminjon, Baron Boris Nolde, Martin Wolff, Paris 1950, II, page 618) ، فى تقدير التقنين الجديد ما يأتى : « إن مبادئ (التقنين المصرى الجديد) ، وتكييفاته القانونية ، ومصطلحاته الفنية ، وفوائده الأساسية ، هى فى مجموعها متأثرة فى القانون الفرنسى . على أن التقنين المصرى الجديد هو بالرغم من ذلك عمل مبتدع لما يمتاز به من وضوح ودقة » .

(Dans leur ensemble, ses principes, ses qualifications, sa terminologie, ses règles fondamentales sont celles du droit français. Cette oeuvre, remarquable par sa clarté et sa précision, est néanmoins originale) .

يطغى فيستبد بإنشاء العلاقات القانونية ويحدد آثارها دون نظر إلى المصلحة العامة وإلى مقتضيات العدالة .

استبقى القيود التي كان التقنين القديم يرسمها حدودا لسلطان الإرادة . فلا تزال هناك عقود شكلية روعي في شكليتها اعتبارات تمت للنظام العام ، أو تتجه لحماية أطراف العقد أنفسهم . ولا تزال العقود الرضائية ذاتها محصورة في نطاق النظام العام والآداب . ولا تزال الحدود المادية للغبن في بعض العقود قائمة كما في بيع عقار القاصر وإيجار الوقف ، بل زاد التقنين الجديد عليها عقد القسمة إذا زاد الغبن فيه على الخمس (م ٨٤٥) .

واستحدث قيودا جديدة طأوع فيها التطور الاجتماعي والاقتصادي للقانون طوال العصور الأخيرة ، بل سجل في بعضها ما كان القضاء المصري ذاته قد وصل إليه من حلول عن طريق هذا التطور .

فقيده من سلطان الإرادة عند تكوين العقد ، بأن وسع من نطاق الغبن ، وحوره من نظرية مادية جامدة تقتصر على عقود معينة ، إلى نظرية ذاتية مرة تتناول جميع العقود . فرسم بذلك للإرادة حدودا جديدة لاتعدها ، ومنع أن يستغل المتعاقد طيشاً أو هوى آنسه في المتعاقدين الآخر حتى لورضي هذا بما وقع عليه من غبن ، إذ أن إرادته في هذه الحالة لا تكون صحيحة ، ولا يرتب القانون عليها أثرها (أنظر المادة ١٢٩) . ومثل الاستغلال الإذعان ، رسم التقنين الجديد له أيضاً حدودا لسلطان الإرادة عند تكوين العقد ، وذلك إذا كان قبول المتعاقد يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها . وإذا كان المتعاقد في حالة الاستغلال يستغل في المتعاقدين الآخر ظروفاً شخصية خاصة ، فهو في حالة الإذعان يستغل فيه ظروفاً اقتصادية عامة ، والمتعاقد المغبون مذعن في الحالتين . ومن ثم قيد القانون من سلطان الإرادة في حالة الإذعان كما قيد منها في حالة الاستغلال . فقضي بأنه إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعنى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لتقضي به العدالة (أنظر المادة ١٤٩) (١) ، بل إن التقنين

(١) ويمكن القول ، من ناحية نظر أخرى ، أن ما رتب القانون من جزاء على الاستغلال والإذعان هو احترام سلطان الإرادة ، وإذا كان القانون لا يمتد اعتداداً كاملاً بالإرادة المستغلة أو المذعنة ، فذلك لأن الإرادة هنا لم تستكمل حريتها ، ولا سلطان إلا للإرادة الحرة .

الجديد سار في الحد من سلطان الإرادة إلى مدى أبعد . فالنرم ، كما قدمنا في إدارة المال الشائع وفي التصرف فيه : أقلية الملاك في الشيوع أن تخضع لإرادة الأغلبية (أنظر المواد ٨٢٨ و ٨٢٩ و ٨٣٢) . وجعل زمام الإدارة في يد الأغلبية إذا كون ملك طبقات البناء الواحد اتحادا فيما بينهم (أنظر المواد ٨٦٤ و ٨٦٥ و ٨٦٦ و ٨٦٧) (١) . وفي هذا كله خروج على مبدأ سلطان الإرادة ، ولكن التقنين الجديد ضحي هذا المبدأ رعاية لمصلحة أعلى هي أن يكفل للمال الشائع إدارة حسنة يقتضيها الصالح المشترك لجميع الملاك في الشيوع . ولم يقتصر التقنين الجديد على إحلال إرادة المشرع محل إرادة المتعاقد كما رأينا في الأمثلة السابقة ، بل زاد على ذلك أن أحل في بعض الحالات إرادة القاضي محل إرادة المتعاقد كما سنرى (أنظر المادة ٩٥) .

وقد من سلطان الإرادة عند تنفيذ العقد . فجعل نظرية الحوادث الطارئة وقت هذا التنفيذ تقابل نظرتي الاستغلال والإذعان وقت تكوين العقد ، ونص في الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ على أنه «إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى . وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي ، تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك» . وطبق هذه النظرية تطبيقا خاصا في عقدى الإيجار والمقاولة . فنص في الفقرة الأولى من المادة ٦٠٨ على أنه «إذا كان الإيجار معين المدة ، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقا» (أنظر أيضا المادة ٦٠٢ فقرة ٢ والمادة ٦٠٩) . ونص في الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ على أنه «إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، وتداعي بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد» . وكجواز لإنفاص الالتزام الذى أصبح مرهقا لحوادث

(١) أنظر أيضا في حالتين أخريين المادتين ٩٢٥ و ٩٢٨ .

طارئة جواز تخفيض التعويض في الشرط الجزائي إذا تبين عند تنفيذ العقد أن التعويض المتفق عليه يزيد كثيراً على الضرر الذي وقع فعلاً ، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ على أنه «يجوز للقاضي أن يخفف هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة» . ومثل ذلك أيضاً أن يقتصر المدين على دفع تعويض نقدي إذا تبين أن في التنفيذ العيني إرهاقاً له ، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٠٣ على أنه «إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين . جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالمدان ضرراً جسيماً» . ونصت الفقرة الثانية من المادة ١٠١٨ ، وهي تضع الجزاء على مخالفة القيود التي تحد من حق مالك العقار في البناء ، على أن «كل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة بإصلاحها عينا ، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك» . ومثل ذلك أخيراً ما رتبته التقنين الجديد على تغير الظروف في تعديل حق الارتفاق وفي إنهائه . فنص في الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٣ ، في صدد النهي عن إبدال موضع آخر بالموضع المعين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق ، على ما يأتي : «ومع ذلك إذا كان الموضع الذي عين أصلاً قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرتفق به ، فلمالك هذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار ، أو إلى عقار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبي إذا قبل الأجنبي ذلك ، كل هذا متى كان استعمال الارتفاق في وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق بالقدر الذي كان ميسوراً به في وضعه السابق» . ونص في المادة ١٠٢٩ على أن «لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به» (أنظر أيضاً المادتين ١٠٢٤ و ١٠٢٥) .

كل هذه قيود على سلطان الإرادة استحدثتها التقنين الجديد — وقد سبقه القضاء المصري إلى بعض منها — فخفف بهذا التجديد من النزعة الفردية التي كانت تميز التقنينات اللاتينية ، والتي كان من شأنها أن تطلق مبدأ سلطان الإرادة إلى مدى بعيد قد يتعارض مع العدالة والمصلحة . ولم يجاوز التقنين الجديد حدود الاعتدال في تأكيد هذا المبدأ ، إذ هو فيما قيده به قد جارى النزعة

الحديثة التمشية ، لافى التقنيات الجرمانية وحدها بل وفى التقنيات اللاتينية الحديثة ذاتها ، فسائر بذلك تطوراً محموداً سجله العصر الحاضر لهذه التقنيات (١).

ب - النظرية الشخصية والنظرية المادية للالتزام :

سنرى عند الكلام فى نظرية الالتزام أن هناك مذهبين يختلفان فى النظرة إلى الالتزام . فالمذهب الشخصي يرى أن الأمر الجوهرى فيه هو مايقوم من رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين . وهذه هي نظرية القانون الرومانى . وعنها أخذت القوانين اللاتينية . أما المذهب المادى فينظر إلى محل الالتزام باعتبار أنه هو العنصر الأساسى فيه ، وينزل عنصر الرابطة الشخصية إلى المكان الثانى ، فيصبح الالتزام فى نظر هذا المذهب عنصراً مادياً أكثر منه علاقة شخصية . وهذه هي النظرية الجرمانية ، قال بها جيبرك ومن نحا نحوه من فقهاء الألمان متأثرين فى ذلك بالتقاليد الجرمانية القديمة ، ونايذين تقاليد القانون الرومانى .

والمذهب المادى يفسر تفسيراً منطقياً صحيحاً كيف يبنى الالتزام رغم تغير أطرافه . فلو أن الالتزام . فى عنصره الجوهرى . رابطة شخصية . لزال بزوال هذه الرابطة ، ولما أمكن أن يتغير الدائن فى حوالة الحق ، والمدين فى حوالة الدين ، دون أن يتغير الالتزام ذاته . ويفسر المذهب كذلك تفسيراً منطقياً صحيحاً كيف يجوز أن ينشأ الالتزام دون دائن . والالتزامات التى تنشأ دون دائن تقع كثيراً فى الحياة العملية ، فمن ذلك التزام الواعد بنجاسة ، والتزام المتعهد لمصلحة شخص غير معين أو شخص غير موجود فى الاشتراط لمصلحة الغير ، والتزام من يوقع السند لحامله . فلو أن الالتزام ليس فى جوهره إلا رابطة شخصية بين

(١) على أن التقنين الجديد ، من جهة أخرى ، قد بسط فى سلطات الإرادة عندما استبقاها فى بعض الفروض تنتج أثراً آخر غير الأثر المقصود أصلاً ، بعد أن أبطل أثرها الأصل . نرى ذلك فى انتقاص القصد وفى تحويله . نصت المادة ١٤٣ على أنه «إذا كان القصد فى شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، إلا إذا تبين أن القصد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل القصد كله» . ونصت المادة ١٤٤ على أنه «إذا كان القصد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن القصد يكون صحيحاً باعتباره القصد الذى توافرت أركانه ، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا القصد» .

دائن ومدّين ، لما صح أن ينشأ التزام دون أن يوجد الدائن والمدّين معا وقت نشوء الالتزام ، حتى تقوم الرابطة بينهما .

وقد كانت التقنيات اللاتينية ، بالرغم من اعتناقها للمذهب الشخصي في الالتزام ، تفصح مجالا لبعض تطبيقات المذهب المادى ، فتعترف بحالة الحق دون حوالة الدين ، وبالسند لحامله ، وتطور فيها الاشتراط لمصلحة الغير حتى أصبح من المستطاع الاشتراط لمصلحة شخص غير معين ولمصلحة شخص مستقبل . ولما احتك المذهب المادى بالمذهب الشخصى سارت التقنيات اللاتينية فى تطورها ، فاعترف بعضها بحالة الدين إلى جانب حوالة الحق ، ونص بعضها على جواز الوعد بجائزة لشخص غير معين .

وقد وقف التقنين الجديد هنا أيضاً موقف الاعتدال فلم يفرق فى الأخذ بالمذهب المادى ، ولكنه من جهة أخرى سجل ماتم فعلا من تطور نحو هذا المذهب بحكم تأثر النظريات اللاتينية بالنظريات الجرمانية .

فهو أولاً استبقى التطبيقات القديمة للمذهب المادى ، فاعترف بحالة الحق (أنظر المواد ٣٠٣ - ٣١٤) ، وأقر ما وصل إليه الفقه والقضاء منذ عهد طويل من جواز الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو جهة مستقبلية أو لمصلحة أو جهة لم يعين وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره (أنظر المادة ١٥٦) .

وهو ثانياً سجل ما تطورت إليه التقنيات اللاتينية فى ناحية المذهب المادى إلى أقصى مدى وصل إليه هذا التطور حتى لا يكون متخلفاً عن عصره . فنظم إلى جانب حوالة الحق حوالة الدين (أنظر المواد ٣١٥ - ٣٢٢) ، ونص صراحة على أن من وجه للجهمور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم باعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها (أنظر المادة ١٦٢) .

وهو بعد هذا وذاك لم يهجر المذهب الشخصى للالتزام ، ولم يخرج على تقاليدته خروجا لا تبرره المصلحة العملية . فلا يزال الالتزام رابطة ما بين شخصين ، ولا يزال الالتزام الإرادى يقوم على الإرادة المشتركة للدائن والمدّين ، وعن طريق هذه الإرادة تتسرب العوامل النفسية والخلقية . فيجب أن تكون الإرادة حرة مختارة ، لا إكراه يعيها ولا استغلال . ويجب أن تكون على هدى ،

لا غلط بشوبها ولا تدليس . وجعل التقنين الجديد لعقود الإذعان أحكاماً خاصة ، وأفسح جانباً للظروف الطارئة غير المتوقعة ، مما سبق بيانه . أما الالتزام غير الإرادى فلا يزال هو أيضاً رابطة ما بين شخصين إلى حد أن الدائن بتعويض عن ضرر أدبى لا ينتقل حقه إلى ورثته إلا إذا كان هذا التعويض قد تحدد بمقتضى اتفاق بينه وبين المسئول أو كان قد طالب به أمام القضاء (أنظر المادة ٢٢٢) . وفى هذا اعتراف صريح بالعامل الشخصى فى الالتزامات غير العقدية .

ب - نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة :

سنرى فى هذا أيضاً ، عند الكلام فى نظرية العقد ، أن هناك مذهبين يختلفان فى النظرة إلى الإرادة . فذهب الإرادة الباطنة - وهو المذهب اللاتينى - يقف عند الإرادة النفسية ، أما التعبير المادى عن هذه الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس . ومذهب الإرادة الظاهرة - وهو المذهب الجرماني - يقف عند التعبير عن الإرادة ، ويعتبره هو الإرادة ذاتها ، إذ التعبير هو المظهر الاجتماعى للإرادة والقانون إنما يعينه الظواهر الاجتماعية دون الظواهر النفسية ، هذا إلى أن التعبير عن الإرادة هو الشيء المادى الذى ينف عنه المتعاملون ويطمثون إليه فى تعاملهم .

ولم تسلم التقنيات اللاتينية من أثر لمذهب الإرادة الظاهرة ، كما لم تسلم التقنيات الجرمانية من أثر لمذهب الإرادة الباطنة . ويعيننا فى هذا الصدد أن نبين أن التقنين الجديد بقى فى حظيرة التقنيات اللاتينية . فالأصل عنده هو الأخذ بالإرادة الباطنة ، ولكنه مع ذلك يأخذ بالإرادة الظاهرة إلى الحد الذى يقتضيه استقرار التعامل . وهو فى هذا قد تأثر بالزعة الجرمانية الموضوعية تأثر التقنيات اللاتينية ذاتها بهذه الزعة ، وقد سبق الإشارة إلى ذلك .

أخذ التقنين الجديد بالإرادة الظاهرة ، ابتغاء استقرار التعامل ، فى تكوين العقد وفى تفسيره .

فى تكوين العقد سار إلى حد أن أقام العقد فى بعض الحالات على الإرادة الظاهرة . فهو ينص فى المادة ٩١ على أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويترتب على ذلك أن من وجه إليه إيجاب قبله ثم عدل ، ولكن القبول وصل إلى علم الموجب قبل أن يصل العدول ،

يرتبط بالعقد ، لا على أساس إرادته الحقيقية التي عدل عنها ، بل على أساس إرادته الظاهرة وهي وحدها التي اقترن بها الإيجاب . كذلك تنص المادة ٩٢ من القانون الجديد على أنه «إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه » . ولا يستقيم هذا الحكم على أساس الإرادة الباطنة الكامنة في النفس . وهي الإرادة التي تموت بموت صاحبها وتزول بفقده لأهليته ، بل على أساس الإرادة الظاهرة التي انفصلت عن صاحبها فأصبحت مستقلة عنه ، وتبقى حتى بعد موته أو بعد فقده لأهليته . ويقرر التقنين الجديد أن غلط أحد المتعاقدين لا يكون سبباً في إبطال العقد إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع في الغلط ذاته أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه (م ١٢٠) . ويرتب على ذلك أنه إذا كان الغلط قد انفرد به المتعاقد الأول ، ولم يقع فيه المتعاقد الآخر ، ولم يعلم به ولم يكن من السهل عليه أن يتبينه ، فإن العقد يكون صحيحاً ، لا على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقد الأول ، فإن هذه الإرادة قد شابهها غلط فجعلها فاسدة ، ولكن على أساس إرادته الظاهرة التي اطمأن إليها المتعاقد الآخر واعتمد عليها في ترتيب شؤونه . ويقرر التقنين الجديد أيضاً أنه إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس (م ١٢٦) . ويقرر في صدد الإكراه ما قرره في صدد التدليس ، فينص على أنه إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين : فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه . فإذا كان المتعاقد الآخر لا يعلم بوقوع التدليس أو الإكراه ، وكان في الوقت ذاته يتعذر عليه أن يعلم ذلك ، فإن العقد يكون صحيحاً ، لا على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقد الأول ، فإن هذه الإرادة قد أفسدها التدليس أو الإكراه ، ولكن على أساس إرادته الظاهرة التي اعتمد عليها المتعاقد الآخر (١) .

(١) وقل مثل ذلك في السبب غير المشروع إذا لم يعلم به المتعاقد الآخر ولم يكن يستطاع أن يعلم به — هذا ويمكن الوصول إلى النتيجة ذاتها من طريق الاعتداد بالإرادة الحقيقية ، فيقال =

وفي تفسير العقد يمكن القول إن التقنين الجديد قد أخذ من طريق غير مباشر بالإرادة الظاهرة في العقود التي تكون عبارتها واضحة . فقد نص في الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ على أنه « إذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين » . صحيح أن عبارة العقد الواضحة تؤخذ على أنها تعبير أمين عن الإرادة الحقيقية ، وفي التزام هذه العبارة للتعرف على إرادة المتعاقدين التزام للإرادة الحقيقية لا الإرادة الظاهرة . ولكن وراء هذا الافتراض حقيقة ملموسة ، هي أننا إنما نستخلص الإرادة الحقيقية من الإرادة الظاهرة ، ولا يجوز لنا أن ننحرف عن هذه للتعرف على تلك . فتحن في الواقع من الأمر نأخذ بالإرادة الظاهرة . وإن كنا نفعل ذلك تحت ستار أن الإرادة الظاهرة هي الإرادة الحقيقية ذاتها .

ويتبين مما قدمناه أن التقنين الجديد قد أخذ بالإرادة الظاهرة في بعض الفروض ، سواء كان ذلك في تكوين العقد أوفى أثناء تفسيره . فساغ له من وجه أن ينص في المادة ٨٩ على أن العقد يتم « بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين » ، فجعل التعبير هو طريق التعرف على الإرادتين وما يقوم بينهما من تطابق . ولكن لا يجوز السير في هذا الطريق إلى مدى أبعد مما تختمله النصوص . فليس صحيحاً أن التقنين الجديد أخذ بالإرادة الظاهرة كقاعدة عامة . وإذا كان قد أخذ بها في بعض الفروض ، فقد صدر في ذلك عن اعتبار مشروع هو تحقيق استقرار التعامل . وهو إذا جعل التعبير طريق التعرف على الإرادة فإنما أراد عن طريق هذه العلاقة المادية التعرف على الإرادة الحقيقية بالقدر الذي يمكن التعرف عليها ، ولم يرد الأخذ بالإرادة الظاهرة التي تقف عند ظاهر التعبير . وإلا فالواضح أن التقنين الجديد قد أخذ بالإرادة الباطنة ، أي الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، كقاعدة عامة ، وفي مواطن شتى . سواء كان ذلك عند تكوين العقد أو عند تفسيره .

ففي تكوين العقد ، لم يعتد بالإرادة إلا في معدنها الحقيقي ، حرة مختارة غير مضللة ولا واهمة ، فحصرها من الغايط والتدليس والإكراه والاستغلال ، بل إنه

== إن العقد في الحالات المتقدمة في القلط والتدليس والإكراه يجوز إبطاله لفساد الإرادة ، ولكن يرجع للمنافد الآخر — وهو لا ذنب له — على التعاقد الأول بالتعويض ، وخير نمويس هو بقاء العقد صحيحاً .

تعقبها في مظان ما قد تخضع له من ضغط كما فعل في عقود الإذعان . ثم سار في استصفاء الإرادة الحقيقية واستكناه مآلتها من غايات مستمرة إلى مدى أبعد ، إذ اعتد لا بالإرادة وحدها بل أيضاً بالباعث الذي كان دافعاً لها . وهذه هي نظرية السبب أخذ التقنين الجديد بها كاملة . وفي الأخذ بهذه النظرية انحياز واضح للإرادة الباطنة .

وفي تفسير العقد ، أخذ التقنين الجديد أيضاً بالإرادة الباطنة ، إذا كانت عبارات العقد غير واضحة . فنص في الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ على أنه «إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات» . فالأصل إذن في تفسير العقد هو البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، أي تلمس الإرادة الحقيقية . وإذا كان التقنين الجديد يضع معايير موضوعية للبحث عن هذه الإرادة الحقيقية كطبيعة التعامل والعرف الجاري في المعاملات ، فإن هذه المعايير ليست إلا طرقاً للتنفاذ إلى الإرادة الحقيقية للمتعاقدين على نحو منضبط يمكن الاطمئنان إليه .

والذي يخلص لنا من متابعة التقنين الجديد أن الأصل في الإرادة هي الإرادة الباطنة . ولكن هذه الإرادة في بعض الأحوال ، تبعاً لمقتضيات الاستقرار في التعامل ، تتجسم في المظهر الذي اتخذ للتعبير عنها ، فتصبح هي الإرادة الظاهرة ، وتقوم عندئذ على أساس من الثقة المشروعة التي يولدها هذا المظهر في نفوس المتعاملين . (١) وإذا كان التقنين الجديد قد سار في طريق

(١) هذا وقد أشرنا فيما تقدم إلى أن الدكتور أحمد زكي الشبلي في المذكرة التي تقدم بها إلى معهد القانون المقارن بجامعة باريس في سنة ١٩٤٩ (ص ٣٧ - ٤٠) يرى أن التقنين المدني الجديد قد أخذ بنظرية الثقة (Vertrauensheorie) التي أخذ بها التقنين الألماني والسويسري . وهذه النظرية وسط بين نظريتي الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ، فهي تأخذ بالإرادة التي استطاع من وجه إليه التعبير أن يعترفها من خذل هذا التعبير مستعيناً بجميع الملابسات الموضوعية التي يجب عقلاً أن تدخل في اعتباره . فالإرادة التي يعتد بها ، طبقاً لهذه النظرية ، هي الإرادة الباطنة التي يمكن التعرف عليها من خلال هذه الضوابط الموضوعية (volonté reconnaissable) .

ولا شك في أن التقنين الجديد قد أخذ كقاعدة عامة بالإرادة الباطنة . ولكنه يعرف عليها عن طريق الإرادة الظاهرة . فالإرادة الظاهرة وسيلة لا غاية .

الإرادة الظاهرة إلى مدى أبعد مما فعل التقنين الفرنسي ، فإن له في ذلك أسوة بالتقنيات اللاتينية الحديثة التي خطت هي أيضاً خطوات واسعة في هذا الطريق . ومهما يكن من أمر اقتراب التقنين الجديد من الإرادة الظاهرة ، فهو على كل حال لم يبلغ في ذلك مبلغ التقنين الألماني والتقنيات الجرمانية الأخرى ، ولا يزال في هذا الصدد باقياً في حظيرة التقنيات اللاتينية المتطورة .

د - التصرف المسبب والتصرف المجرد :

سنرى عند الكلام في نظرية السبب أن هذه النظرية هي المحك الذي تتميز به التقنيات ذات الصبغة الذاتية عن التقنيات ذات الصبغة الموضوعية . فالتقنيات الأولى تأخذ بنظرية نفسية للسبب ، وتفسح له مجالاً واسعاً . ولا تقر التصرف المجرد عن سببه إلا في حدود ضيقة . أما التقنيات الأخرى فتأخذ بنظرية موضوعية للسبب ، ولا تفسح له إلا مكاناً محدوداً ، وتتوسع في إقرار التصرف المجرد . وترده إلى قاعدة عامة .

وسنرى أن القانون الفرنسي قد خطا في نظرية السبب خطوات واسعة ، واستبدل القضاء الفرنسي بالنظرية التقليدية الضيقة . وهي نظرية موضوعية ، نظرية حديثة جعلت السبب هو الباعث الذي دفع إلى التعاقد . فحوارته إلى فكرة نفسية مخصصة . واشترط في كل تصرف أن يكون مقروناً بسببه . فلا يكون التصرف مجرداً (abstrait) إلا في حالات استثنائية يقتضيها استقرار التعامل ، وينص عليها القانون بذواتها .

وعلى النقيض من ذلك كان موقف التقنيات الجرمانية . فعندها أن السبب فكرة موضوعية بحتة . وقد احتفظت هذه التقنيات في نظرتها هذه بصبغتها الموضوعية السائدة . ومن ثم أقرت التصرف المجرد في حالات كثيرة . فجعلت عقود انتقال الملك عقوداً مجردة تنقل الملك بصرف النظر عن صحة العقود التي أنشأت الالتزام بنقل الملكية . وجعلت كثيراً من العقود التي تنشئ الالتزام عقوداً مجردة تصح ولو لم يكن لها سبب أو كان سببها غير مشروع . وذلك كحوالة الحق وحوالة الدين والتنازل عن الحق الشخصي والإبابة في الوفاء .

بل سارت في هذا الطريق إلى مدى أبعد ، فرسنت خطوطاً رئيسية للتصرف المجرد ، وردته إلى قاعدة عامة ، ونصت على أنه يجوز بوجه عام تجريد الالتزام من سببه ، فيتخذ صورة التعهد المجرد بالوفاء (promesse abstraite de paiement) أو الاعتراف المجرد بالدين (reconnaissance abstraite de dette)

فإلى أي المذهبين انتمي التقنين الجديد ؟ هنا نراه انحاز انحيازاً تاماً إلى مذهب التقنينات اللاتينية . فأخذ بنظرية السبب كما يأخذ بها القضاء الفرنسي : نظرية نفسية واسعة تنفذ منها العوامل الذاتية والأدبية إلى مدى بعيد ، وتتغلغل في الصميم من العلاقات القانونية . وبالرغم من أن التقنين الجديد أخذ في بعض الحالات بمعايير موضوعية ، إلا أنه وقف في نظرية السبب عند المعيار الذاتي ، ولم يترشح في ذلك عن تقاليد التقنينات اللاتينية . فالتقنين المصري الجديد سببي (causaliste) كالتقنين المصري القديم ، وكالتقنين الفرنسي ، وهو يتعارض في هذا إلى حد بعيد مع التقنينات الجرمانية . وهو كالتقنين الفرنسي يستوجب أن يكون كل التزام مقروناً بسببه ، ويشترط أن يكون السبب مشروعاً وإلا بطل العقد ، ولا يقر الالتزام المجرد إلا في حدود ضيقة ، فلا يضع له قاعدة عامة كما فعلت التقنينات الجرمانية ، بل لا يعترف به إلا في حالات معينة يقتضيها الاستقرار في التعامل ، ويفرد لهذه الحالات نصوصاً خاصة .

ومن ثم نرى أن التقنين الجديد في هذا الصدد بقى كعادته في حظيرة التقنينات اللاتينية . بل إنه هنا ألزم هذه الحظيرة في أضيق حدودها ، ولم يتأثر لا كثيراً ولا قليلاً بالتقنينات الجرمانية .

٢ - التقنين الجديد بين الاستقرار والتطور وبين الفرد والجماعة

طابع التقنين الجديد هو الاعتدال . رأيناه معتدلاً فيما قدمنا . يتوسط في الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة ، يأخذ به بعد أن يحيطه بقيود كثيرة . ويتوسط بين المذهب الشخصي والمذهب المادى للالتزام ، فيستبقى المذهب الشخصي بعد أن يأخذ بما في المذهب المادى من نتائج عملية نافعة . ويتوسط بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة . فيصدر عن الإرادة الباطنة ، ولكنه يأخذ بالإرادة الظاهرة حيث يقتضي ذلك استقرار التعامل . ثم هو يأخذ بنظرية السبب

كاملة ، ولا يقر التصرف المجرد إلا في حدود معتدلة معقولة .
فالتقنين الجديد يعد بحق من القوانين المتخيرة (éclectique) ، وإن بقي بوجه
عام في حظيرة التقنيات اللاتينية كما قدمنا .
وهو ، فيما نحن فيه هنا ، يقف أيضاً موقف المتخير المعتدل ، فيتخذ سبيله
قواماً بين الاستقرار والتطور . وبين الفرد والجماعة .

١ - التقنين الجبرير بين الاستقرار والتطور :

يهدف التقنين الجديد إلى أن يكون قانوناً حياً عملياً . والقانون الحي العملي
ينبغي أن يحمل في طياته عوامل التطور حتى يبقى حياً ، وعوامل الاستقرار حتى
يكون عملياً .

عوامل التطور في التقنين الجبرير : أهم هذه العوامل هي هذه المعايير
المرنة التي جعلها التقنين الجديد في مكان القواعد الجامدة ، وهذه السلطة التقديرية
الواسعة التي أعطاها للقاضي .

١ - **المعايير المرنة :** ورث التقنين الجديد عن التقنين القديم بعض القواعد
الجامدة التي لم يكن هناك بد من الاحتفاظ بها . مثل ذلك الغبن في بيع عقار
لشخص لا تنافر فيه الأهلية وقد قدر بما يزيد على خمس قيمة العقار (م ٤٢٥) ،
والقوائد القانونية والاتفاقية وقد رها سعر معلوم لا تجاوزه (م ٢٢٦ - ٢٢٧) ،
والقاعدة التي تقضي بأنه إذا عدل من دفع العربون فقدته وإذا عدل من قبضه
رد ضعفه (م ١٠٣ فقرة ٢) وقد نقلها التقنين الجديد عن القضاء والعرف ،
والقاعدة التي استحدثها من جواز نقض عقد القسمة إذا لحق أحد المتقاسمين
غبن يزيد على الخمس (م ٨٤٥) . هذه القواعد الجامدة التي تضع للمسألة حلاً واحداً
ثابتاً لا يتغير مهما تغيرت الظروف والملازمات ، والتي تقف في بعض المسائل
عند رقم معلوم لا تحيد عنه ، قد نكون في حاجة إليها في قليل من الحالات
لاستقرار التعامل وثباته على وتيرة واحدة . ولكن لا يجوز الاستكثار من مثل
هذه القواعد الجامدة فإنها تقف عقبة في طريق التطور . وخير منها معايير مرنة
يضعها المشرع هادياً للقاضي ، يسترشد بها هذا فيما يعرض له من الأفضية ،

ولا يتقيد فيها بخل واحد لا ينحرف عنه . بل تتغير الأحوال وتتفاوت بتغير الظروف وتفاوت الملابسات (١) .

وهذا مثل لمعيار مرن استبدله التقنين الجديد بقاعدة جامدة كانت موجودة في التقنين القديم . فقد كانت المواد ٢٩١ - ٢٩٢ / ٣٦٤ - ٣٦٦ من التقنين القديم تنص على جواز فسخ البيع إذا وقع على أشياء يبعث جملة واحدة ثم ظهر أنها أقل من القدر المتفق عليه أو أكثر . ثم نصت المادتان ٢٩٢ / ٣٦٧ من هذا التقنين على أنه لا يجوز للمشتري فسخ البيع في هذه الأحوال « إلا إذا كان الغلط زائداً على نصف عشر الثمن المعين » . فنجد التقنين الجديد هذه القاعدة الجامدة التي تقف عند نسبة معينة من الثمن ، واستبدل بها معياراً مرناً ، إذ نص في الفقرة الأولى من المادة ٤٣٣ على أنه « لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث إنه لو كان يعلمه لما أتم العقد » . وكذلك يكون الحكم فيما لو وجد المبيع زائداً على المقدار المتفق عليه (م ٤٣٣ فقرة ٢) . وظاهر أن المعيار الجديد يفضل القاعدة القديمة ، إذ به يتمكن القاضي من الملاءمة ما بين ظروف كل قضية والحل القانوني الذي يناسبها . فقد يكون النقص أو الزيادة في المبيع أكثر من نصف العشر ويرفض القاضي أن يحكم بفسخ العقد ، وقد يكون أقل ويوجب القاضي المشتري إلى طلب الفسخ ، وذلك كله تبعاً للملابسات والظروف في كل قضية بذاتها .

وقد أكثر التقنين الجديد من هذه المعايير المرنة : إذ هي من أهم عوامل التطور . ونذكر هنا بعضاً منها .

فمن ذلك معيار الغلط الجوهرى ، وقد عرفته المادة ١٢١ بأنه الغلط الذى يبلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط . وظاهر أن هناك فرقاً كبيراً بين هذا المعيار المرن وبين القاعدة القديمة

١) أنظر في هذا المعنى : « الفوائد التعاقدية الواردة على حرية العمل - المعيار والقاعدة » ، رسالة بالفرنسية للدكتور ليون سنة ١٩٢٥ . هذا ولا يجوز الاعتراض على فكرة المعيار المرن بالخشية من تحكم القاضي ، وبأن هذا الحكم يمتنع إذا تقيد القاضي بقاعدة ثابتة . ذلك أن القاضي لا يلبث إزاء القاعدة الجامدة التي أصبحت لا تلائم الظروف أن يخرج عليها ، فينتقل إلى مجال يكون فيه أكثر تحكماً مما لو كان أمامه معيار تشريعى مرن مفروض عليه أن يترشد به .

التي كانت تشترط أن يكون الغلط واقعاً في مادة الشيء . ومن ذلك أيضاً معيار التدليس الجسيم ، وقد قصت الفقرة الأولى من المادة ١٢٥ بأنه يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد . ومثل معيار التدليس الجسيم معيار الرهبة القائمة على أساس ، إذ تنص المادة ١٢٧ بأنه يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس ، وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسدياً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال . وفي الاستغلال اتخذ التقنين الجديد معيار التأثير الدافع إلى التعاقد ، فلا يتحقق الاستغلال إلا إذا تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طبيئاً أو هوى جاعاً (م ١٢٩ فقرة أولى) . وكذلك في السبب اتخذ التقنين الجديد معيار الباعث الدافع إلى التعاقد وإن كان لم يصرح به في النص . وفي جواز الرجوع في الهبة اتخذ معيار العذر المقبول ، فأجاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع (م ٥٠٠ فقرة ٢) .

كل هذه معايير مرنة تتفاوت الحلول التي تؤدي إليها بتفاوت الظروف التي تطبق فيها ، وبخاصة إذا لوحظ أن جميع المعايير التي ذكرناها هي معايير ذاتية يراعى في تطبيقها حالات نفسية يكشف عنها القاضي في كل شخص بذاته ، وقد صرحت بهذا المعنى الفقرة الثالثة من المادة ١٢٧ في صدد الإكراه ، فقضت بأنه « يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه » . وسنرى أن هناك معايير أخرى موضوعية في التقنين الجديد تجمع بين مرونة المعيار وثبات القاعدة .

٢ - سلطة القاضي التقديرية : وعامل آخر في التقنين الجديد يفسح أمامه

المجال للمرونة والتطور ، هو هذه السلطة التقديرية الواسعة التي جعلها للقاضي . رأيناها في تطبيق هذه المعايير المرنة التي تقدم ذكرها ، وراها الآن فيما فوض فيه القاضي من تطبيق أحكام القانون وفقاً للمناسبات ، وما أعطي في ذلك من سلطة

تقديرية ، تصل به في بعض الحالات إلى استكمال مافات المتعاقدين أن يتفقا عليه ، بل وإلى تعديل ماتم عليه الاتفاق فيما بينهما . وإذا كان التقنين الجديد لم يبلغ في ذلك مدى ما بلغ التقنين السويسري إذ جعل القاضي مشرعاً فيما لم يرد فيه نص ، بل وقف عند حدود معقولة تمنع من الخلط بين وظيفة التشريع ووظيفة القضاء ، إلا أنه مع ذلك سار شوطاً بعيداً في سبيل أن يجعل للقاضي من سلطان التقدير ما يدرسه أن يجعل أحكام القانون متمشية مع مقتضيات الظروف . فتكون أحكام القانون بذلك أداة طيعة في يد القاضي يطور بها القانون تطوراً مستمراً ، وبواجه بها ما يتغير من ملابسات وأحوال . ونورد أمثلة لما اشتمل عليه التقنين الجديد من نصوص تجعل للقاضي هذه السلطة التقديرية ، وهي سلطة تمكنه في بعض الحالات من أن يستكمل شروط العقد وأن يعدل فيها عند الانقضاء .

فن النصوص التي تفسح للقاضي من سلطانه التقديرية ، هذه التي تجعل له حرية واسعة في تقدير التعويض المستحق للشخص المضروب ، وذلك في حالة الدفاع الشرعي ، فن جاوز في هذا الدفاع القدر الضروري أصبح ملزماً بتعويض تراعي فيه مقتضيات العدالة (م ١٦٦) ، وفي حالة الضرورة ، فن سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً ، (م ١٦٨) ، وفي تحديد طريقة التعويض ، فعين القاضي هذه الطريقة تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ويقدر بالنقد ، على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناء على طلب المضروب أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع (م ١٧١) . ويقدر القاضي ، عند عدم النص ما إذا كان هناك التزام طبعي (م ٢٠٠) . وللقاضي أن يعين الميعاد المناسب لحلّول أجل الدين إذا كان الوفاء مشروطاً عند المقدرة أو المبصرة (م ٢٧٢) . وله أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه (م ٣٤٦ فقرة ٢) . وله أن يمنع توجيه البين الحاسمة إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها (م ٤١٠ فقرة ١) . وإذا التصق منقولان للمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلها دون تاف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين ، قضت المحكمة في الأمر مسترشدة بقواعد العدالة ، ومراعية في ذلك الضرر الذي سدت وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما (م ٩٣١) . ويجوز

للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات الضرورية والنافعة، وله أن يقضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية (م ٩٨٢) .

ومن النصوص ما يميز للقاضي أن يستكمل شروط العقد وأن يعدل في الشروط المتفق عليها . فإذا اتفق الطرفان على جمع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطاً أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف في المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تنصل فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة (م ٩٥) . وإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضي (م ٧٠٩ فقرة ٢) . وقد رأينا أنه يجوز للقاضي في الاستغلال أن ينقص التزامات المتعاقدين (م ١٢٩) ، وأن ينقص من العقد إذا كان في شق منه باطلاً (م ١٤٣) ، وأن يحوله إلى عقد آخر توافرت أركانه إذا كان في الصورة التي هو عليها باطلاً وتبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام العقد الآخر (م ١٤٤) ، وأن يرد الالتزام المرفق إلى الحد المعقول في حالة الحوادث الطارئة (م ١٤٧ فقرة ٢) ، وأن يعدل الشروط التعسفية في عقود الإذعان (م ١٤٩) ، وأن يقضي بالتعويض النقدي إذا كان التعويض العيني مرفقاً (م ٢٠٣ فقرة ٢) ، وأن يخفف التعويض المتفق عليه في الشرط الجزائي إذا كان ميالاً فيه إلى درجة كبيرة (م ٢٢٤ فقرة ٢) .

عوامل الاستقرار في التقنين الجبرير : أهم هذه العوامل هي المعايير الموضوعية التي أكثر التقنين الجديد منها ، ثم الأخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة في بعض الحالات .

١ - المعايير الموضوعية : رأينا فيما قدمناه كيف أن التقنين الجديد يكثر من اتخاذ المعايير المرنة التي تعين على التطور ، وبقي الآن أن نرى كيف أن الكثرة الغالبة من هذه المعايير هي معايير موضوعية لا معايير ذاتية كالتي سبق أن ذكرناها . وقد أريد بذلك إيجاد نوع من التعادل بين التطور والاستقرار . فالمعيار الموضوعي ، من حيث هو معيار عامل للتطور ، ومن حيث هو موضوعي عامل للاستقرار . والموضوعية ، وهي صنو للإرادة الظاهرة ، بل هي الأصل الذي تنتمي إليه هذه الإرادة ، من أكبر عوامل الاستقرار . وهي من مميزات التقنين الجدد . وقد أراد هذا التقنين أن يتخفف من حدة النزعة الذاتية التي تميز

التقنيات اللاتينية ، فأخذ بالإرادة الظاهرة وبالموضوعية معاً ، ولكن بقدر متفاوت ، إذ أقل من الأخذ بالإرادة الظاهرة وأكثر من الأخذ بالموضوعية ، إلى حد أنه عندما كان في بعض المسائل يتخذ معايير ذاتية لم يتخذها معايير ذاتية محضة بل رسم لها ضوابط موضوعية ليضفي عليها شيئاً من الثبات والاستقرار . ونأتى بأمثلة من نصوص التقنين الجديد لمعايير موضوعية ، ثم لمعايير ذاتية لها ضوابط موضوعية .

فمن المعايير الموضوعية معيار يكثر التقنين الجديد من ذكره ، وهو معيار «عناية الشخص المعتاد» . ويرجع هذا المعيار إلى عهد القانون الروماني ، فهو معروف فيه ، شائع في نواحيه المختلفة . ذكره التقنين الجديد كأصل من أصول الالتزام بعمل ، فنص في الفقرة الأولى من المادة ٢١١ على أنه إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ولو لم يتحقق الغرض المقصود . ثم طبقه في نواح متفرقة ، في العقود وفي غيرها . فالشريك في عقد الشركة عليه أن يبذل من العناية في تدبير مصالح الشركة ما يبذله في تدبير مصالحه الخاصة ، إلا إذا كان منتدباً للإدارة بأجر فلا يجوز له أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م ٥٢١ فقرة ٢) . والمستأجر في عقد الإيجار يجب عليه أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد (م ٥٨٣ فقرة ١) . والمستعير في عقد العارية عليه أن يبذل في المحافظة على الشيء المعار العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م ٦٤١ فقرة ١) . والعامل في عقد العمل يجب عليه أن يبذل في تأدية العمل من العناية ما يبذله الشخص المعتاد (م ٦٨٥ (١)) . والوكيل في عقد الوكالة يجب عليه ، إذا كانت الوكالة بغير أجر ، أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة دون أن يكلف في ذلك أكثر من عناية الرجل المعتاد ، فإن كانت بأجر وجب عليه أن يبذل دائماً في تنفيذها عناية الرجل المعتاد (م ٧٠٤) . والمودع عنده في عقد الوديعة يجب عليه إذا كانت الوديعة بغير أجر أن يبذل من العناية في حفظ الشيء المودع ما يبذله في حفظ ماله دون أن يكلف في ذلك أكثر من عناية الرجل المعتاد ، أما إذا كانت

الوديعة بآجر فيجب أن يبذل في حنط الوديعة عناية الرجل المعتاد (م ٧٢٠) .
والحارس في الحراسة الاتفاقية أو القضائية يلتزم بالحفاظ على الأموال المعهود
إليه حراستها وإدارة هذه الأموال ، ويجب أن يبذل في كل ذلك عناية الرجل
المعتاد (م ٧٣٤ فقرة ١) . والنص على أن يبذل في القيام بالعمل
عناية الشخص المعتاد (م ١٩٢) - ومن المبادئ الموضوعية ، مانص عليه التقنين الجديد
في الاستغلال ، إذ لا يجوز الطعن في العقد بهذا الوجه إلا إذا كانت التزامات
أحد المتعاقدين لانتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب
العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر (م ١٢٩ فقرة ١) . وما نص عليه في
الخلاف الخاص ، من أن الالتزامات والحقائق المتصلة بالشئ تنتقل إليه في
الوقت الذي ينتقل فيه الشئ إذا كانت من مستلزماته (م ١٤٦) . وما نص
عليه في المسؤولية عن الغير ، من أن الشخص يكون مسئولاً عن كل من يجب
عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابته وكان في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته
العقلية أو الجنسية (م ١٧٣ فقرة ١) . وما نص عليه في المسؤولية عن الأشياء ،
من أن الشخص يكون مسئولاً إذا تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية
خاصة (م ١٧٨) (١) . وما نص عليه في تحديد الضرر المباشر ووجوب التعويض
عنه ، من أن التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب
بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به ،
ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد
معقول (م ٢٢١) . وما نص عليه في تحديد العيب الخفي في الشئ المبيع ، من أنه
عيب ينقص من قيمة الشئ أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو
مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشئ أو الفرض الذي أعدله (م ٤٤٧ فقرة ١) .
وما نص عليه في الإيجار ، من وجوب أن يكون استغلال المستأجر للأرض
الزراعية موافقاً لمقتضيات الاستغلال المألوف (م ٦١٣) . وما نص عليه في
اللتزام المرافق العامة ، من أن ملتمز هذه المرافق إذا أثبتوا القوة القاهرة جاز لهم

(١) أما ما ورد في المادة ذاتها في شأن المسؤولية عن الآلات الميكانيكية فهو قاعدة لامبار .
وفي هذه المقالة بين الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة والآلات الميكانيكية بين الفرق
واضحاً بين الميار والقاعدة .

أن يدفعوا مسئوليتهم عما يصيب المرفق من عطل أو خلل يزيد على المألوف في مدته أو في جسامته (م ٦٧٣ فقرة ٢) .

ومن المعايير الذاتية المحددة بضوابط موضوعية ، مانص عليه التقنين الجديد في الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ من وجوب البحث في تفسير العقد عن النية المشتركة للمتعاقدين - وهذا هو معيار ذاتي - مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات - وهذه هي ضوابط موضوعية . ومانص عليه في تحديد العذر المقبول للرجوع في الهبة - وهو معيار ذاتي كما قدمنا ، بضوابط موضوعية ، منها أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب بحيث يكون هذا الإخلال جحوداً كبيراً من جانبه ، وأن يصبح الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية (م ٥٠١) . ومانص عليه في مواضع كثيرة متفرقة في اشتراط العلم ، من أن الشخص يكون عالماً بالشيء - وهذا معيار ذاتي - أو أن يكون من المفروض حتماً أن يعلم به - وهذا ضابط موضوعي (انظر المادتين ١٠٤ و ١٠٦ في النيابة والمواد ١٢٠ و ١٢٦ و ١٢٨ في الغلط والتدليس والإكراه) ، ومانص عليه في الغلط في المادة ١٢٤ ، من أنه ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقتضي به حسن النية - وهذا معيار ذاتي - ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد - وهذا ضابط موضوعي .

٢ - الإرادة الظاهرة : وإلى جانب المعايير والضوابط الموضوعية ،

أخذ التقنين الجديد في بعض الحالات بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة توخياً لاستقرار التعامل . كما أخذ في حالات أخرى بالتصرف المجرد ، وهو ضرب من الإرادة الظاهرة ، للغرض ذاته . وقد تقدم بيان ذلك كله .

ب - التقنين الجبريد بين الفرد والجماعة :

وقف التقنين الجديد بين الفرد والجماعة موقفاً معتدلاً عادلاً . فلم يضح الفرد لمصلحة الجماعة : ولم يسخر الجماعة لخدمة الفرد . ونبين هنا كيف حمى الفرد ، وكيف حمى الجماعة .

مهمّة التقنين الجبريم للفرد : لم يقصر التقنين الجديد في حماية الفرد ، ولم يتهاون في أن يفسح للحرية الفردية مجالاً معقولاً ، سواء كان ذلك في نطاق العقد أو في نطاق الملكية .

ففي نطاق العقد ، أقر مبدأ سلطان الإرادة بالرغم مما أورد عليه من قيود تقدم بيانها . فلا يزال الفرد حراً في أن يتعاقد ، ولا تزال إرادته هي التي تنشئ العقد ، وهي التي ترتب آثاره ، فيتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين ، فإذا تم فهو شريعة المتعاقدين . ولا يزال العقد هو أحد المصادر الرئيسية للالتزامات ، ولم ينزل عن مكانته . وإذا كانت مصادر أخرى كالعمل غير المشروع قد ارتفعت إلى منزلة العقد ، فإن ذلك لم ينتقص من أهمية العقد ولا من خطه . وإذا كنا قد بعدنا ، بما ورد على الإرادة من قيود لمصلحة كل من الجماعة والفرد ، عن مذهب الفردية المتطرفة التي كانت سائدة في أوائل القرن التاسع عشر ، والتي تشعب بها التقنين المدني الفرنسي عند صدوره ، فإن التقنين الجديد لا يزال يحترم إرادة الفرد ، ويقر ماتجه إلى تحقيقه من آثار ، في حدود معقولة مقبولة ، في عصر تطور فيه مذهب الفردية تطوراً خطيراً ونزل فيه عن كثير من مظاهر الغلو .

وفي نطاق الملكية ، استبقى التقنين الجديد الملكية الفردية ، وحماها من الاعتداء . فلمالك الشيء وحده حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه ، وله الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ، ولا يجوز أن يحرم أحد ملكه إلا في الأحوال التي يقرها القانون ، وبالطريقة التي يرسمها ، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل . والمالك حر التصرف في ملكه ، إذا شاء نزل عنه إلى غيره بمقابل أو بغير مقابل ، وإذا شاء استبقاه ينتقل عنه بعد موته إلى ورثته ولمن أوصى لهم . وخفف التقنين الجديد من بعض قيود كانت تثقل الملكية في التقنين القديم . من ذلك الحق في الشفعة ، ضيق منه وأحاطه بقيود جديدة . ومن ذلك الحكر ، قصر مداه ، وقيد نطاقه ، فلا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة ، ولا يجوز ترتيب حكر على أرض غير موقوفة .

فالتقنين الجديد يحمي الفرد إذن في مظهرين رئيسيين من مظاهر نشاطه : حريته في التعاقد وحريته في التملك .

حماية التقنين الجدير للجماعة : ولكن القانون الجديد يتمشي مع روح عصره ، ويساير التطورات الخطيرة التي اعتورت مذهب الفردية . وآية ذلك تراها أيضاً في نطاق العقد وفي نطاق الملكية .

ففي نطاق العقد ، قيد التقنين الجديد سلطان الإرادة إلى مدي بعيد ، فهو محوط بكثير من القيود لمصلحة الجماعة سبق بيانها تفصيلاً فيما أسلفناه . ويتميز التقنين الجديد في هذا الصدد بأنه التزم في العلاقات التعاقدية حماية الجانب الضعيف . فحيث يختل التوازن بين طرفي العقد ، ويقف أحدهما مغلول اليد أمام الطرف الآخر ، فإن الجماعة يعنها أن تحمي الطرف الضعيف وهو يواجه الطرف القوي ، وأن تقيله من عثاره . رأينا التقنين الجديد يفعل ذلك في عقود الإذعان ، وفي نظرية الاستغلال ، وفي نظرية الحوادث الطارئة ، وفي عقد العمل ، وفي عقد التأمين ، وفي أحكام أخرى كثيرة سبق ذكرها . ومن ثم نرى أن التقنين الجديد طابعه حماية المدين ، وهو في ذلك على النقيض من التقنين القديم الذي كان يمعن في حماية الدائن . ففي فوائد الدين لم يقتصر التقنين الجديد على تخفيض سعر الفوائد القانونية والاتفاقية ، بل أضاف إلى ذلك قيوداً كثيرة في تقاضي الفوائد ذكرناها تفصيلاً فيما تقدم (أنظر المواد ٢٢٩ و ٢٣٠ و ٢٣٢ و ٥٤٤) .

ثم إنه قيد إلى مدي بعيد من حق الدائن في الاختصاص بعقار المدين . فجعل هذا الحق ، كما رأينا ، لا يجوز الحصول عليه إلا إذا كان بيد الدائن حكم واجب التنفيذ (م ١٠٨٥ فقرة ١) . ولم يجز بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار في التركة (م ١٠٨٥ فقرة ٢) . ولم يجز الاحتجاج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوي الإعسار بأي اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل (م ٢٥٦ فقرة ٢) . وأجاز ، كما قدمنا ، لكل ذي مصلحة أن يطلب إنقاص الاختصاص إلى الحد المناسب إذا كانت الأعبان التي رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على مايكني لضمان الدين (م ١٠٩٤ فقرة ١) .

وفي نطاق الملكية . قفز التقنين الجديد قفزة واسعة في جعل الملكية وظيفة اجتماعية أكثر منها حقاً فردياً . بل إن المشروع التمهيدى صرح بذلك في أحد

نصوصه ، فذكر في المادة ١١٦٢ منه أن لماك الشيء مادام ملتزماً بحدود القانون أن يستعمله وأن ينتفع به وأن يتصرف فيه دون أى تدخل من جانب الغير ، بشرط أن يكون ذلك متفقاً مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية . ولم تحذف هذه العبارة الأخيرة في المشروع النهائي قصداً إلى حذف حكمها . بل لأنها ، كما جاء في الأعمال التحضيرية (١) ، « أشكل بالإيضاحات الفقهية . وأن في التطبيقات التي أوردتها المشروع في النصوص التالية ما يعنى عنها » . وقد تضمنت النصوص التالية فعلاً من القيود على حق الملكية يجعل هذا الحق وظيفته اجتماعية روحاً ومعنى . فأوجبت المادة ٨٠٧ على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار . وتكفلت المواد ٨٠٨ — ٨٢٤ بإيراد سلسلة من القيود على حق الملكية ، في الشرب والمجرى والمسبل وحق المرور والحائط المشترك والمطالات وبشرط عدم التصرف وما إلى ذلك من القيود القانونية والاتفاقية . بما يغل يد المالك في استعمال ملكه لا للمصلحة العامة فحسب ، بل أيضاً لمصلحة الجيران ، وبما يبرز فكرة التضامن الاجتماعي متغلغلة في العنص من نظام الملكية . ترى ذلك أيضاً فيما قدمته في نظام الشيوع وكيف جعل التقنين الجديد الكلمة العليا لأغلبية الملاك حتى يخضع الأقية لحكم التضامن (م ٨٢٨ و ٨٢٩ و ٨٣٢) . وترى ذلك في ملكية الأسرة (م ٨٥١ — ٨٥٥) ، وفي ملكية الطبقات (م ٨٥٦ — ٨٦١) . وفي اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد (م ٨٦٢ — ٨٦٩) . وقد أسلفنا الإشارة إلى كل ذلك . وبعد . فهذا طرف من القيود التي يضعها التقنين الجديد على حرية التعاقد وعلى حق الملكية . وتبين من ذلك أن هذا التقنين قد خطا خطوات واسعة في سبيل تحقيق العدالة الاجتماعية . وما هو في هذا إلا مرة لعصره ، تنعكس عليه صور التطورات العميقة التي مر بها القانون في خلال قرن ونصف قرن . منذ صدور التقنين المدني الفرنسي ذي النزع الفردية .

* *

ويأتي التقنين الجديد أن يكون متخلفاً عن عصره . وما هو إلا صورة صادقة لمدينة الجبل الذي ظهر فيه .

الكتاب الأول

من القانون المدني الجديد



الالتزامات بوجه عام

كلمة تمهيدية

في التعريف بالالتزام

* * *

١ - تحديد مركز نظرية الالتزام في القانون المدني

١ - أقسام القانون المدني : ينقسم القانون المدني - وهو القانون الذي ينظم علاقات الأفراد بعضها ببعض - إلى قسمين رئيسيين : قسم الأحوال الشخصية وقسم المعاملات .
فقواعد الأحوال الشخصية هي التي تنظم علاقة الفرد بأسرته . وقواعد المعاملات هي التي تنظم علاقة الفرد بغيره من الأفراد من حيث المال .
والمال في نظر القانون يتكون من حقوق .
والحق في المعاملات مصلحة ذات قيمة مالية يقرها القانون للفرد . وهو إما حق عيني أو حق شخصي .
والحق الشخصي هو الالتزام : ويسمى حقاً إذا نظر إليه من جهة الدائن ، وديناً إذا نظر إليه من جهة المدين .

٢ - الحق العيني والحق الشخصي : الحق العيني (droit réel) هو سلطة معينة يعطها القانون لشخص معين على شيء معين . أما الحق الشخصي (droit personnel) فهو رابطة ما بين شخصين ، دائن ومدين ، يتحول الدائن بمقتضاها مطالبة المدين بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل .
ولا زال التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي من أهم المسائل الرئيسية في القانون المدني . ولم تجد محاولات بعض الفقهاء في هدم هذا التقسيم . وهؤلاء الفقهاء غريقان : فريق يقرب الحق العيني من الحق الشخصي ، وفريق آخر على النقيض من ذلك يقرب الحق الشخصي من الحق العيني .

٣ - تعريف الحق العيني من الحق الشخصي : أما الفريق الأول ،

وعلى رأسهم الأستاذ بلانيول ، فيرى أن الحق العيني هو كالحق الشخصي رابطة ما بين شخصين . لأن القانون إنما ينظم الروابط ما بين الأشخاص . ولا يمكن أن يقال في الحق العيني إنه رابطة ما بين الشخص والشئ ، لأن الرابطة إنما تكون بين الشخص والشخص . ففي هذا إذن يتفق الحق العيني مع الحق الشخصي . ويتفق معه أيضاً في أنه يشتمل مثله على عناصر ثلاثة : موضوع الحق والدائن والمدين . فحق الملكية مثلا موضوعه الشئ المملوك ، والدائن هو المالك ، والمدين هم الناس كافة إذ يجب عليهم جميعاً احترام هذا الحق . فالحقان إذن يمتثلان من حيث الطبيعة والعناصر . وإنما يختلفان في شئ غير جوهري هو جانب المدين . ففي الحق العيني يكون المدين دائماً جميع الناس عدا الدائن ، ولهذا يمكن اعتبار الحق العيني حقاً شخصياً عاماً من حيث المدين (passivement universel) . أما في الحق الشخصي فالمدين هو شخص أو أشخاص معينون بالذات .

هذا ما يقوله الفريق الأول . وظاهر أنهم يقصدون هدم التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي من وراء جعل الحق العيني هو الذي يماثل الحق الشخصي . ولا جدال في أنه من الخطأ أن يقال إن الحق العيني رابطة ما بين الشخص والشئ . فالرابطة لا توجد إلا بين الشخص والشخص كما يقول بلانيول . ولذلك قلنا في تعريف الحق العيني إنه « سلطة لشخص على شئ » ، ولم نقل إنه « رابطة ما بين شخص وشئ » . وأما القول بأن الحق العيني هو حق شخصي عام من حيث المدين ففيه مغالطة لا تخفى عند التعمق في النظر . إذ الحق الشخصي فيه أيضاً هذا الجانب العام من حيث المدين ، وتلتزم الناس كافة باحترامه . فإذا أدخل أحد هذا الالتزام ، بأن حرض المدين مثلاً على أن يمتنع عن القيام بما تعهد به ، كان مشولاً ووجب عليه التعويض . ولكن الحق الشخصي يزيد على الحق العيني شيئاً جوهرياً يميزه عنه ، هو الجانب الخاص من حيث المدين إلى هذا الجانب العام الذي تقدم ذكره . ففي كل حق شخصي يوجد مدين معين ، أو مدينون معينون ، هم الذين يباشر الدائن سلطته على الشئ . مرفوض الحق برساظهم ، ولا وجود لهؤلاء في الحق العيني . وهذا فرق

جوهري ما بين الحقين ترتب عليه نتائج هامة سيأتي ذكرها (١) .

٤ — **تقريب الحق الشخصي من الحق العيني** : وهناك الفريق الثاني وهو الذي يحاول هدم التمييز من وراء جعل الحق الشخصي كالحق العيني . وعلى رأس هذا الفريق الأستاذان سالى (Saleilles) ولامبير (Lambert) . ويتلخص رأيهما في أن الحق الشخصي هو كالحق العيني عنصر من عناصر الذمة المالية (patrimoine) يتصرف فيه صاحبه ، فيبيعه وبهه ويرهنه ويجرى فيه سائر التصرفات . وقد حان الوقت الذي ينظر فيه إلى الحق الشخصي لاعتبار أنه رابطة ما بين شخصين ، بل باعتبار أنه عنصر مالى ، وهذا ما يقتضيه تقدم المعاملات وسرعة تداول الأموال . فتجرد القيمة المالية للحق الشخصي عن شخص الدائن وعن شخص المدين ، وبذلك يقرب الحق الشخصي من الحق العيني . وهذا هو المذهب المادي في الالتزام ، وسنعود إليه فيما يلى .

ونحن لانكر على المذهب المادي للالتزام انتشاره ومسايرته للتطور القانوني الحديث . ولكننا مع ذلك لانراه يهدم التمييز ما بين الحق العيني والحق الشخصي . فمن الممكن أن ينظر إلى الالتزام نظرة مادية باعتبار موضوعه لاعتبار أشخاصه ، ويكون في هذا تقريب بينه وبين الحق العيني . ولكن ذلك لا يبنى أن هناك فرقاً جوهرياً ما بين الحقين حتى إذا نظر إليهما معاً من حيث موضوعهما . فالدائن في الحق العيني يستعمل سلطته مباشرة على موضوع الحق دون وسيط بينهما ، بخلاف الحق الشخصي فليس للدائن فيه إلا سلطة غير مباشرة على الشيء موضوع الحق ، ولا يستعمل هذه السلطة إلا بواسطة المدين .

(١) وينقل الدكتور أحمد حشمت أبوستيت بك في كتابه « نظرية الالتزام » عن مذكرات الدكتور عبد المحلى خيال بك (فقرة •) في هذا الصدد ما يأتي : « إن التكليف باحترام الحق العيني وعدم الاعتداء عليه لا يمكن بالداهية أن يكون من العناصر المكونة له ، لأنه لا يتصور أن يطلب إلى الكافة إلا احترام حق كامل قائم . فالتكليف يقرر إذن بعد وجود الحق العيني ، بينا الالتزام الواقع على المدين في الحق الشخصي جزء منه لا يتصور وجود الحق من غيره » . (الدكتور حشمت أبوستيت بك : نظرية الالتزام ، القاهرة سنة ١٩٤٥ ص ١٠ هامش رقم ١) .

٥ — بقاء التمييز ما بين الحقين قائماً: يبقى إذن التمييز ما بين الحق الشخصي والحق العيني قائماً ومحتفظاً بأهميته . فالحق العيني سلطة مباشرة للشخص على الشيء ، والحق الشخصي رابطة ما بين شخصين . والظاهرة المهمة في الحق العيني هي تحديد الموضوع ، أما في الحق الشخصي فتحدد المدين . ويزيد الحق الشخصي على الحق العيني عنصراً أساسياً هو وجود مدين معين يباشر بوساطته الدائن سلطته على الشيء موضوع الحق .

٦ — نتائج هذا التمييز: وهذا التمييز ما بين الحقين لا يزال تمييزاً جوهرياً في كل القوانين التي اشتقت من القانون الروماني . وتترتب عليه نتيجتان هامتان :
١ — لما كان الحق العيني سلطة مباشرة على الشيء ، فلصاحبه حق تتبع هذا الشيء (droit de suite) في يد أى شخص انتقلت إليه ملكيته .
٢ — وله أيضاً ، إذا كان الحق العيني حق ضمان كالرهن : أن يتقدم على جميع الدائنين الشخصيين في تقاضى حقه من الشيء (droit de préférence) ، فإن هؤلاء ليست لهم إلا سلطة مباشرة على هذا الشيء (١) .

٥ ٢ — المذهبان الشخصي والمادى في الالتزام

٧ — الرابطة القانونية ما بين الدائن والمدين : تبين مما قدمناه أن الحق الشخصي ، أى الالتزام ، يقوم على رابطة قانونية ما بين الدائن والمدين ، ويسمى الرومان : *juris vinculum* .

(١) وبلاحظ في هذا الصدد أن التنازل عن الحق العيني يتم بإرادة منفردة هي لإرادة صاحب الحق . أما التنازل عن الحق الشخصي فكان في القانون المدنى القديم لا يتم إلا باتفاق الدائن والمدين تقليباً للاحية ما ينطوى عليه الحق من رابطة شخصية ، ويتم الآن في القانون المدنى الجديد بإرادة صاحب الحق وحدها تقليباً للاحية ما ينطوى عليه الحق من قيمة مالية . وبلاحظ كذلك أن الحق العيني يكسب بالتقادم ، أما الحق الشخصي فلا . والسبب في ذلك لا يرجع إلى أن الحياة ، وهى التى يستند إليها التقادم المكسب ، ترد على الحق العيني دون الحق الشخصي ، فالجبازة ترد على كل من الحقين (قارن نظرية العقد للمؤلف ص ٧ وهامش رقم ١) . ونرى أنه لا يوجد سبب فى منع من كسب الحق الشخصي بالتقادم . ولكن لما كان ذلك لا تتحقق فائدته العملية إلا نادراً ، فقد أغفلته الصياغة القانونية ، ومن لم تغفل في الوقت ذاته ما ظهرت الحاجة إليه من ذلك كما نرى في نظرية الوارث الظاهر وفى الوفاء بمسئولية شخص كان الدين في حياته (م ٣٣٢ من القانون المدنى الجديد) .

ولم تثبت هذه الرابطة على حال واحدة ، بل إنها تطورت . فكانت في أول أمرها سلطة تعطى للدائن على جسم المدين لا على ماله ، وكان هذا هو الذي يميز بين الحق العيني والحق الشخصي ، فالأول سلطة تعطى للشخص على شيء ، والثاني سلطة تعطى للشخص على شخص آخر . وكانت سلطة الدائن على المدين سلطة واسعة ، يدخل فيها حق الإعدام وحق الاسترقاق وحق التصرف . ثم تلطفت هذه السلطة فصارت مقصورة على التنفيذ البدني بجس المدين مثلاً . ولم يصل الدائن إلى التنفيذ على مال المدين إلا بعد تطور طويل . فأصبح للالتزام ، منذ عهد الرومان ، مظهران : مظهر باعتباره رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين ، ومظهر باعتباره عنصراً مالياً يقوم حقاً للذمة الدائن ، ويرتب ديناً في ذمة المدين .

ولا يزال الالتزام محظوظاً بهذين المظهرين إلى الوقت الحاضر وإن اختلفت المذاهب فيه . فذهب يغلب الناحية الشخصية ، وهو المذهب الفرنسي التقليدي الموروث عن القانون الروماني ، ومذهب يغلب الناحية المالية وهو المذهب الألماني الحديث .

٨ - المذهب الشخصي في الالتزام : أما المذهب الشخصي (théorie subjective)

فيري الأمر الجوهري في الالتزام هو أنه رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين . وهذا ما حمل الأستاذ بلايول على أن يزيد في تعريف الالتزام فكرة الرابطة الشخصية . فهو يعرف الالتزام بأنه علاقة قانونية ما بين شخصين بمقتضاها يكون لأحدهما وهو الدائن الحق في تقاضي شيء معين من الآخر وهو المدين .

وأشهر من قال بالمذهب الشخصي من فقهاء الألمان سافيني (Savigny) . فقد كان يري الالتزام رابطة شخصية تخضع المدين للدائن ، وهي صورة مصغرة من الرق . فالسلطة (Herrschaft) التي تمنح لشخص على شخص آخر قد تستغرق حرية من يخضع لهذه السلطة ، وهذا هو الرق الكامل والملكية التامة . وقد لا تمتد إلى بعض هذه الحرية ولا تمتد إلا إلى جزء من نشاط المدين ، فيرتب من ذلك حق للدائن قريب من حق الملكية ولكنه ليس إياها ، فهو حق خاص بعمل معين من أعمال المدين ، وهذا ما نسميه بالالتزام . فالالتزام إذن هو سلطة معينة تمنح لشخص على شخص آخر . وتكون الملكية والالتزام في

نظر سافيني شيئين من طبيعة واحدة ، ولا يختلفان إلا في الدرجة ، ففي الملكية يكون الخضوع كلياً ، وهو جزئي في الالتزام ، ولكنه موجود في الحالين .

٩ - المذهب المادى فى الالتزام : يتبين مما تقدم أن نظرية سافيني وهي مطبوعة بطابع القانون الرومانى ، تجعل من الالتزام رابطة شخصية وثيقة ، رابطة خضوع قريب من الرق ، وتنسجها على طراز من حق الملكية .

هذه النظرية قام فى وجهها فقهاء الألمان ، وعلى رأسهم جيرك (Gierke) ، وأبوا أن تستقر فى الفقه الألماني بعد أن عملوا على تحرير قانونهم من النظريات الرومانية وغلبوا النظريات الجرمانية الأصل عليها . وقد بين جيرك أن الفكرة الجرمانية فى الالتزام لا تنف عند الرابطة الشخصية كما كان الأمر فى القانون الرومانى ، بل تنظر إلى محل الالتزام وهو العنصر الأساسى ، وتجرده من الرابطة الشخصية ، حتى يصبح الالتزام عنصراً مالياً أكثر منه علاقة شخصية ، فيفصل الالتزام بذلك عن شخص الدائن وعن شخص المدين ، ويختلط بمحله فيصبح شيئاً مادياً العبرة فيه بقيمته المالية (١) . هذه هي النظرية المادية (théorie

(١) وساعد على ذبوع النظرية المادية فى ألمانيا تحليل الحق الشخصى على اعتبار أنه حق على شئ (Jus ad rem) ، فاقرب بذلك من الحق العيى الذى هو حق فى شئ (Jus in re) وقد أوغل الألمان فى التحليل على هذا الجوّ ، حتى أصبح الحق الشخصى فى النهاية خطوة نحو الحق العيى ، إذ يبق حق الدائن شخصياً إلى يوم التنفيذ ، فإذا ما نفذ وتسلم الدائن الدين صار حقه عنياً على ما تسلمه .

وتساند مع النظرية المادية للالتزام نظريتان أخريان ، هما أيضاً ألمانيتان : نظرية الذمة المالية ونظرية المدبونية والمسئولية .

الذمة المالية (patrimoine) ينظر إليها الألمان من الناحية المادية ولا يربطونها بالشخص . فهى مجموع من المال يتكون من عناصر إيجابية (actif) ومن عناصر سلبية (passif) ، ويشير لا باستناده إلى شخص معين ، بل بتخصيصه لفرض معين سواء استند إلى شخص أو لم يستند . ولما كان الالتزام من عناصر الذمة المالية التى هى شئ مادى ، فإنه يكسب منها هذه الصفة .

وعبر الألمان بين المدبونية (Schuld) والمسئولية (Haftung) . فالمدبونية واجب قانونى معين يقوم به شخص لآخر . فهى إذن رابطة شخصية ما بين المدين والدائن ، تجعل على المدين واجب الوفاء وعلى الدائن واجب قبول هذا الوفاء . ولا تنضم المدبونية عامل الإيجاب على الوفاء ، إنما الإيجاب هو الشئ الذى تنسبته المسئولية . فالمدين قد يكون مدبناً ومسئولاً فى وقت معاً فيجمع ما بين المدبونية والمسئولية . وفى هذه الحالة يكون عليه واجب الوفاء ، ويمكن إجباره على ذلك . =

(objective) للالتزام ، لم تقتصر على ألمانيا، فقد نشرها في فرنسا نقلاً عن المدرسة الألمانية سالي (Saleilles) ، وهو يعتبر زعيم هذا المذهب في فرنسا ولو أن المذهب لم يسد في الفقه الفرنسي .

١٠ — النتائج العملية للمذهب المادى : وليس المذهب المادى مجرد

مذهب نظري ، بل هو خصب في نتائجه العملية . فإن النظر إلى الالتزام باعتباره شيئاً مادياً يكون من شأنه أن يزيد في سرعة التعامل ، وهذا ما تقتضيه النظم الاقتصادية في العصر الحاضر من تبسيط في المعاملات وتيسير لها ، حتى يكسب تداول الأموال مرونة تستلزمها هذه النظم ، بعد أن اشتدت حركة الإنتاج وانتشرت الصناعات الكبيرة . فالنظرية المادية تضعف الصلة ما بين محل الالتزام وشخصي الدائن والمدين . وينبنى على هذا نتائج عملية هامة نذكر منها اثنتين :

(أولاً) لما كانت العبرة في الالتزام بمحله دون أشخاصه ، أصبح من السهل أن نتصور تغير أشخاص الالتزام ، ليس من دائن إلى آخر فحسب ، وهذا ما يسلم به التقنين الفرنسي ذاته مع أنه قد أخذ بالمذهب الشخصي ، بل أيضاً من مدين إلى آخر ، فيوجد إلى جانب حوالة الحق (cession de créance) حوالة الدين (cession de dette). وهذا ما اعترفت به التقنينات المشبعة بالمذهب المادى ، كالتقنين الألماني والتقنين السويسرى ، وعلى أثرهما سار التقنين المدني

== وإجباره على الوفاء إما أن يكون بالسلط على شخصه أو بالسلط على ماله من طريق شخصه . وقد تنفصل المسؤولية عن المديونية ، فلا يمكن إجبار المدين على الوفاء (وهذا يقرب من الالتزام الطبيعي في القوانين اللاتينية) ، ويكون هناك شخص آخر هو المشول في شخصه (ويقرب من الكفيل بالنفس في الشريعة الإسلامية) أو في ماله عن طريق شخصه (ويقرب من الكفيل الشخصي) ، وقد تنحصر المسؤولية في المال ، فيصبح المال دون الشخص في هذه الحالة هو المشول (ويقرب من الكفيل العيني أو الحائز للعقار المرهون) . فالمسؤولية تكون إذن على نوعين : (١) مسؤولية شخصية تقع على شخص المشول أو على ماله عن طريق شخصه . (٢) ومسؤولية عينية تقع على المال وحده دون نظر للشخص . ومن ثم يتبين أن المسؤولية العينية . وهي أحد العنصرين الجوهريين للالتزام ، تقع على المال مباشرة دون الشخص ، فتصطبغ بالصفة المادية (انظر Rudolf Huebner : A History of German Private Law ترجمه إلى الإنجليزية الأستاذ (Philbrick) لندن سنة ١٩١٨ ص ٤٦٣ — ص ٤٨٩) .

الجديد ، وقد سار في ذلك الشريعة الإسلامية وهي تعرف بحالة الدين . أما التقنين المدني القديم فكان على غرار القانون الفرنسي لا يعترف إلا بحالة الحق .

(ثانياً) لما كانت الرابطة الشخصية ليست هي الأمر الجوهرى في الالتزام ، فمن الممكن أن نتصور وجود التزام دون دائن وقت نشوئه . فيستند الالتزام إلى المدين وحده . ولو كانت الرابطة الشخصية هي العنصر الأول : لما أمكن تصور التزام ينشأ دون أن يكون هناك وقت نشوئه دائن ومدين ، لأن الالتزام هو الرابطة الشخصية فيما بين هذين . فإذا لم يوجد أحدهما امتنع وجود هذه الرابطة . أما إذا أخذنا بالمذهب المادى أمكن تصور التزام يقع عبثاً في مال المدين دون أن يكون هناك دائن يقتضى المدين هذا العبء وقت وجود الالتزام ، ويكفى أن يوجد الدائن وقت التنفيذ ، ففي هذا الوقت فقط تظهر الضرورة في أن يتقدم دائن يستوفى المدين التزامه . ولا شك في أن تحليل الالتزام على هذا الوجه يفسر كثيراً من المسائل القانونية التي لا يمكن تفسيرها إذا تقيدنا بالمذهب الشخصي . ونذكر من هذه المسائل ما يأتي :

(١) التزام المدين بإرادته المنفردة لغير دائن معين : هناك حالات عملية نرى فيها شخصاً يلتزم بمجرد إرادته لغير دائن معين . مثل ذلك شخص يعد مجازة من عشر على شيء ضائع . فالواعد هنا قد التزم بإرادته المنفردة ووجد الالتزام دون دائن ، على أن يوجد هذا الدائن فيما بعد عند تنفيذ الالتزام . فمثل هذا التحليل ، وهو التحليل العلمى الصحيح ، لا يتفق إلا مع المذهب المادى ويستعصي على المذهب الشخصى الذى يأتى إلا أن يوجد الدائن وقت نشوء الالتزام .

(٢) نظرية المصلحة لصلحة الغير : إذا طبقت هذه النظرية في حالة عقد التأمين لمصلحة شخص غير معين أو شخص لما يوجد وقت نشوء الالتزام ، كما إذا أمن شخص على حياته لمصلحة أولاده ولم يكن له ولد وقت التأمين ، فإن الالتزام في هذه الحالة ينشأ دون أن يوجد الدائن . ولا يمكن تفسير التزام مثل هذا إذا تقيدنا بالمذهب الشخصى . فلا استطاع إذن تفسيره إلا طبقاً للمذهب المادى .

(٣) **السند لحامد** : من يوقع هذا السند يلتزم لدائن غير معروف هو حامل السند . فهنا أيضاً نشأ الالتزام دون دائن ، ولا يفسر ذلك إلا المذهب المادى .

١١ — تغير المذهبين الشخصى والمادى : لاشك فى أن النظرية المادية من شأنها أن تودى إلى نتائج عملية خطيرة الشأن رأينا جانباً منها ، وأدركنا كيف أنها تتمشى مع التنظيم الاقتصادية القائمة فى الوقت الحاضر ومع سرعة تداول المال وتيسير سبل المعاملات . لذلك يجب الاحتفاظ بالمرونة التى يكسبها هذا المذهب لنظرية الالتزام .

على أنه لا يجوز فى الوقت ذاته إغفال المذهب الشخصى . فلا يزال الالتزام رابطة فيما بين شخصين . ولا تزال لشخصية المدين والدائن أثر كبير فى تكوين الالتزام وتنفيذه . فقد رأينا أنه لا بد من وجود طرفى الالتزام وقت التنفيذ على الأقل . وسنرى أن نية الطرفين — وهذا شيء نفسى — يؤثر تأثيراً كبيراً فى وجود الالتزام صحيحاً وفى تنفيذه على الوجه المطلوب . والنية هي السبيل الذى تنسرب منه العوامل الخلقية إلى القواعد القانونية . ونضيف إلى ما تقدم أن شخصية المدين بنوع خاص ضرورية فى الالتزام ، لا عند تنفيذه فحسب ، بل أيضاً عند نشوئه ، وهذا ما يعترف به المذهب المادى ذاته . ووجود مدين معين فى الالتزام إنما هو هذا الذى يقوم عليه الفرق الجوهرى ما بين الحق الشخصى والحق العيى . فقد سبق أن أشرنا إلى أن سلطة الدائن على الشيء فى الحق الشخصى سلطة غير مباشرة يستعملها الدائن بواسطة المدين ، فهو لا ينفذ إلى محل الالتزام إلا عن طريق شخص المدين ، وهذا ما يجعل من غير المستطاع إغفال الرابطة الشخصية فى الالتزام .

والتقنين المدينى الجديد ، إذا كان قد أخذ من المذهب المادى نتائج عملية هامة ، لم يهجر فى الوقت ذاته المذهب الشخصى ، بل استبقاه فى كثير من آثاره . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٣٥ - اختيار تعريف للالتزام

١٢ - تعريف القانون المدني القديم وتعريف القانون الفرنسي :

بعد هذه النظرة العامة للالتزام يمكن الآن أن نختار تعريفاً له . ونذكر قبل ذلك تعريف القانون المدني القديم وتعريف القانون الفرنسي . فقد كانت المادتان ١٤٤/٩٠ من القانون المدني القديم تنصان على أن «التعهد هو ارتباط قانوني الغرض منه هو حصول منفعة لشخص بالتزام المتعهد بعمل شيء معين أو بامتناعه عنه» . والقانون القديم كان يسمي الالتزام «تعهداً» . ولفظ «الالتزام» أدق ، لأن التعهد قد يفهم على أنه التزام مصدره العقد دون غيره من المصادر الأخرى .

وقد ورد تعريف الالتزام في القانون الفرنسي عرضاً في صدد تعريف العقد . فنصت المادة ١١٠١ من هذا القانون على أن «العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل» . وتعريف القانون الفرنسي يقرب من تعريف القانون المدني القديم في أن كلا منهما ينص على أن محل الالتزام هو عمل شيء معين أو الامتناع عن عمل شيء معين .. ويزيد القانون الفرنسي أن محل الالتزام قد يكون إعطاء شيء (donner)، أى نقل ملكية أو حق عيني . والقانون المدني القديم يدخل الالتزام بإعطاء شيء في دائرة الالتزام بعمل .

١٣ - التعريف الذي ورد في المشروع التمهيدى للتقنين المدني :

المجبرم : وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد ، في المادة ١٢١ ، يعرف الالتزام على الوجه الآتي : «الالتزام حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقاً عيئاً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل» .

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع ، تعليقاً على هذا النص ، ما يأتي (١) : «كان في الوسع تعريف الالتزام بأنه علاقة قانونية أو رابطة من

روابط القانون ، ولا سيما أن هذا هو التعريف التقليدي الذي ورد في التقنين المصري الحالي (م ٩٠/١٤٤) . بيد أنه يخشى من سياق التعريف على هذا الوجه أن يكون في ذلك قطع رأي معين في مسألة حفظها من الخلاف في الفقه الحديث غير قليل . والواقع أن تعريف الالتزام بأنه رابطة قانونية إنما هو اعتناق للمذهب الشخصي ، مع أن الطابع المادي للالتزام أخذ يزايد نصيبه من البروز في التشريع الحديث . وقد أثر المشروع أن يعرف الالتزام بأنه حالة قانونية تأكيداً لهذه النزعة الحديثة . وهي بعد نزعة الشريعة الغراء في تصويرها لفكرة الالتزام . ويراعى من ناحية أخرى أن ذكر الدائن قد أغفل في التعريف إغفالاً تاماً ولم يذكر إلا المدين . وهذا وجه آخر من وجوه التصوير المادي للالتزام . فالالتزام ، مجرداً من الدائن ، مرتبطاً بالمدين وحده ، إنما يكون عنصراً سلبياً من عناصر الذمة المالية أكثر منه علاقة قانونية تربط ما بين شخصين . وينهض لتوجيه هذا النظر ما استقر عليه العمل . فمن الميسور عملاً تصور التزام ليس له دائن وقت نشوئه ، والاشتراط لمصلحة الغير حافل بالتطبيقات التي يمكن أن تساق في هذا الصدد . على أن الطابع الشخصي لم يهمل إهمالاً تاماً . فالالتزام ، كما هو مذكور في التعريف ، يستتبع بالضرورة وجود شخص ملزم هو المدين . ومؤدى ذلك أن لكل التزام مديناً يعتبر شخصه عنصراً جوهرياً من عناصره ، وهذا هو نصيب الطابع الشخصي من فكرة الالتزام .

وقد رؤى حذف هذا النص في المشروع النهائي تجنباً للتعريفات بقدر الإمكان فيما لا ضرورة لتعريفه ، ونحزناً من تأكيد الطابع المادي للالتزام في نص تشريعي تأكيداً قد يجعله يطغى على الطابع الشخصي . فالتعريف الذي ورد في المشروع التمهيدي ألبق أن يكون مكانه الفقه لا التشريع (١) .

١٤ - التعريف الذي نختاره : وفي رأينا أن خير تعريف للالتزام ،

في المرحلة التي وصل إليها من التطور في الوقت الحاضر ، هو التعريف الذي يبرز المسألتين الآتيتين :

(أولاً) أن للالتزام ناحية مادية كما أن له ناحية شخصية . فهو حالة قانونية تربط شخصاً معيناً .

(ثانياً) أنه ليس ضرورياً أن يوجد الدائن منذ نشوء الالتزام .
وعندنا أن التعريف الذي نبي بهذا الغرض :
« الالتزام حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل » .

§ ٤ — أهمية نظرية الالتزام

وتأثرها بالعوامل الاجتماعية والاقتصادية والأدبية

١٥ — **أهمية نظرية الالتزام** : بعد ما قدمنا من تحديد لنظرية الالتزام ،
بقي أن ندل على ما لهذه النظرية من شأن وخطر . فهي من القانون المدني ، بل
ومن القانون عامة ، بمثابة العمود الفقري من الجسم . ويجعل لها تارد (Tarde)
في علم القانون مكان نظرية القيمة في علم الاقتصاد السياسي . ويجد علماء القانون
فيها مجالاً فيسحاً للسمو بالمنطق القانوني إلى أرفع مكان . بل قد يبالغ بعض
الفقهاء فيغفل ما تشتمل عليه هذه النظرية من حقائق اجتماعية واقتصادية وأدبية ،
ويجردها من كل ذلك ، ويرزها قواعد فنية خالية إلا من المنطق المحض ، قريبة
من المسائل الرياضية والعلوم الطبيعية . بل إن البعض قد غالى إلى حد أن وضع
لها أسساً رياضية يضاهي بها النظريات الهندسية .

١٦ — **تطور النظرية** : على أنه إذا صح أن نظرية الالتزام هي أصلح
النظريات القانونية ميداناً للتفكير المنطقي ، وأفسحها مجالاً للتجريد والتعميم ،
وأخصبها تربة لإنبات المبادئ العامة ، وإذا صح أيضاً أنها أولى النظريات قابلية
للتوحيد في شرائع الأمم المختلفة لوحدة أصلها التاريخي ولسيادة المنطق فيها ،
فليس بصحيح ما يزعم بعض الفقهاء من أن هذه النظرية لم تتطور ، بل بقيت
ثابتة على الزمن ، تلقينها عن الرومان كما هي دون تغيير يذكر . والصحيح أن
نظرية الالتزام تطورت تطوراً كبيراً منذ عهد الرومان إلى اليوم . وقد تأثرت
في تطورها بعوامل اجتماعية واقتصادية وأدبية .

١٧ — **تأثر النظرية بالعوامل الاجتماعية** : فالنظريات الاشتراكية
وما في منهاها من النظريات الاجتماعية الأخرى أثرت في نظرية الالتزام تأثيراً

واضحاً . وهذا عقد العمل ، وقد أخذ يزدحم بالقواعد والأحكام التي تهدف إلى حماية العمال وإلى إعطائهم من الحقوق ما لم يكن لهم من قبل كحرية الاجتماع وحق تكوين النقابات وحق الإضراب . وهذه نظرية العقد ذاتها ، وقد أخذت قوة الإلزام في العقد تبنى فيها على التضامن الاجتماعي أكثر مما تقوم على إرادة الفرد . وهذه عقود الإذعان ، وقد أخذت الدولة تتدخل في تنظيمها حتى لا تترك جانب المستهلك دون حماية وهو الجانب الضعيف . وهذه نظرية الغبن ، وقد أخذت تنسج في القوانين الحديثة حتى أصبحت نظرية عامة تنطبق على جميع العقود على خلاف ما كانت تقضي به النظريات الفردية من وجوب ترك الفرد حراً في تعاقدته يلتزم بما أراد مهما أصابه من غبن في ذلك .

١٨ — تأثر النظرية بالعوامل الاقتصادية : كذلك كان للعوامل الاقتصادية تأثير كبير في نظرية الالتزام . فقد كان من شأن السرعة في تداول المال أن أخذ المذهب المادي للالتزام يبرز إلى جانب المذهب الشخصي كما قدمنا . وجدت ظاهرة اقتصادية أخرى هي استغلال القوات الطبيعية استغلالاً اقتصادياً مما أدى إلى استعمال مختلف الآلات الميكانيكية . وكان لهذا أثره في نظرية الالتزام ، فقد اقترن تقدم الآلات وكثرة استعمالها بمخاطر جمة تستهدف لها الناس ، وكان هذا سبباً في تأسيس المسؤولية على الخطأ المفروض ، بل وفي خلق نظرية تحمل التبعة . وكان من ذلك أيضاً أن اتسع نطاق عقد التأمين بأنواعه المختلفة ، فوسع من نظرية الاشتراط لمصلحة الغير حتى بدت في ثوب جديد . وظاهرة اقتصادية ثالثة كان لها أثرها في نظرية الالتزام هي تجمع رؤوس الأموال للإنتاج على أثر تقدم الصناعة ، وكان من وراء ذلك أن جدت نظريات في تنظيم النشاط الاقتصادي ، وأدى ازدياد هذا النشاط إلى خلق أنواع جديدة من العقود لم تكن معروفة من قبل ، كالعقود الجماعية والعقود النموذجية وعقود التزام المرافق العامة . هذا إلى أن المشاكل الاقتصادية بعد الحربين العالميتين الأخيرتين قد خلقت نظريات قانونية جديدة . نرى هذا في نظرية الظروف الطارئة ، وفي نظرية الوفاء بعملة نقص سعرها وما يتصل بذلك من « شرط الذهب » ، وفي التسعير الجبري للسلع والأجر .

١٩ - تأثر النظرية بالعوامل الأدبية : أما تأثير العوامل الأدبية في

نظرية الالتزام فهو قديم . فالنظرية التي تقضى بأن الغش يفسد العقود ، ونظرية التعسف في استعمال الحق ، والمبدأ القاضي بأنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف الآداب والنظام العام ، كل هذه نظريات مشبعة بالروح الأدبية ، وهي تقوم على محاربة سوء النية والضرب على أيدي العابثين بالأخلاق والآداب العامة . وهناك الالتزامات الطبيعية ، وهي التزامات تمت بصلة متينة إلى قواعد الأخلاق ، يعترف بها القانون ويضع لها نوعاً من الجزاء ، فتمتزج المثل الأدبية بالقواعد القانونية حتى تصبح شيئاً واحداً . هذا إلى أن المصادر غير التعاقدية للالتزام إنما تقوم على أساس متين من القواعد الأدبية . فالالتزام بالتعويض عن العمل الضار يستند إلى التزام بوجود الامتناع عن الإضرار بالغير دون حق . كذلك مبدأ الإثراء بلا سبب يمنع الشخص من أن ينتفع على حساب غيره . والالتزامات التي ينشئها القانون ، كالتزامات الجوار والتزامات أفراد الأسرة بعضهم نحو بعض ، هي في الواقع أوامر ونواه أدبية تقضى بوجود العطف على الجار والكف عن إيذائه والبر بذوى القربى والأرحام . فإذا قلنا إن القانون إنما يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر لانكون مبالغين في هذا القول ، ونكون قد دللنا في الوقت ذاته على أن القانون والأخلاق شيئان متلازمان .

٢٠ - ترتيب موضوعات الكتاب : بعد هذه الإلمامة العجلى بالالتزام

نبدأ الكلام في مصادره ، ونقدم لذلك بكلمة في ترتيب هذه المصادر ، ثم نستعرضها في أبواب أربعة :

الباب الأول : في العقد .

الباب الثاني : في العمل غير المشروع .

الباب الثالث : في الإثراء بلا سبب .

الباب الرابع : في القانون .

مصادر الالتزام

مقدمة

في ترتيب مصادر الالتزام

٢١ - تعريف مصدر الالتزام : المقصود بمصدر الالتزام هنا هو السبب القانوني الذي أنشأ الالتزام . فالالتزام المشتري بدفع الثمن مصدره عقد البيع . والالتزام المتسبب في ضرر بتعويضه مصدره العمل بغير المشروع . والالتزام الأب بالنفقة على عياله مصدره نص في القانون .

٢٢ - الترتيب التليفي لمصادر الالتزام : تذكر القوانين اللاتينية عادة أن مصادر الالتزام خمسة : العقد (contrat) ، وشبه العقد (quasi-contrat) ، والجريمة (délit) ، وشبه الجريمة (quasi-délit) ، والقانون (loi) .
فالعقد هو توافق إرادتين على إنشاء التزام ، كعقد البيع يتفق بمقتضاه البائع والمشتري على إنشاء التزامات ، منها ما هو في جانب البائع كالاتزام بنقل الملكية والالتزام بضمان التعرض ، ومنها ما هو في جانب المشتري كالاتزام بدفع الثمن .

وشبه العقد هو عمل اختياري مشروع ينشأ عنه التزام نحو الغير ، وقد ينشأ عنه أيضاً التزام مقابل في جانب ذلك الغير (أنظر المادة ١٣٧١ من القانون المدني الفرنسي) . مثل ذلك الفضولي ، فهو يقوم مختاراً بعمل يريد به مصلحة الغير دون أن يتعاقد معه على ذلك ، فيلتزم بأن يستمر في العمل الذي بدأه وبأن يقدم حساباً عنه ، ومصدر هذا الالتزام هو العمل الاختياري المشروع الذي قام به . وقد ينشأ عن هذا العمل التزام آخر في جانب رب العمل ، فيلتزم هذا في حالة ما إذا أحسن الفضولي القيام بالعمل الذي أخذه على عاتقه بأن يرد ما أنفقته الفضولي من مصروفات ضرورية ونافعة ، وبأن ينفذ ماعقده الفضولي من التزامات في سبيل القيام بمهمته (أنظر المادة ١٣٧٥ من القانون المدني الفرنسي) .

والجريمة هي عمل ضار بآتيه فاعله متعمدا الإضرار بالغير ، كما إذا أثلّف شخص عمداً مالا مملوكاً لغيره ، فينشأ عن هذا العمل الضار التزام في جانب فاعله بأن يعرض عن المال الذى أثلّفه .

وشبه الجريمة عمل يصيب الغير بالضرر كالجريمة ، ولكنه يختلف عنها في أنه غير مصحوب بنية الإضرار بالغير ، بل بآتيه فاعله عن إهمال وعدم احتياط ، فيلتزم بتعويض الضرر كما في الجريمة . فإذا قاد شخص سيارة بسرعة غير معتادة ، وتسبب عن ذلك أن دهس شخصاً في الطريق ، فإنه يلتزم بتعويض المصاب أو ورثته عن الضرر الذى أحدثه .

والقانون قد يكون أخيراً مصدراً للالتزام فينشئه في حالات معينة . كما في التزامات أفراد الأسرة بعضها لبعض من نفقة ورضاع وحضانة ووصاية وقرامة إلى غير ذلك ، وكما في التزامات الجار نحو جاره .

هذه هي مصادر الالتزام ، وتذكر عادة على الترتيب المتقدم . وقد اتفق علماء الفقه الحديث على انتقاد هذا الترتيب ، ولكنهم اختلفوا في الترتيب الذى يجب الأخذ به ، ثم استقرت جمهورتهم على ترتيب معين .

وحتى نستوعب هذه المسألة الهامة نبث أولاً من أين أتى هذا الترتيب الذى قدمناه ، ثم نبين وجوه النقد فيه ، ونخلص من ذلك إلى الترتيب الحديث لمصادر الالتزام .

١٨ — من أين أتى الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام

٢٣ — القانون الرومانى : لم يرد هذا الترتيب فى القانون الرومانى فى عهده المدرسى ، فقد كان هذا القانون يرجع الالتزامات إلى نوعين من المصادر : الجريمة (delicta) وتنحصر فى جرائم محددة ، والعقد (contractus) ويشتمل على عقود معينة على سبيل الحصر ، ثم إلى مصادر أخرى للالتزامات التى لا تنشأ من الجريمة ولا من العقد ، وهى مصادر مختلفة متفرقة لم يحاول القانون الرومانى ترتيبها ، وأسمائها « الأسباب المختلفة » (variae causarum figurae) .

هذا هو ترتيب القانون الرومانى لمصادر الالتزام فى عهده المدرسى . ولم يكن فيه شيء عن شبه العقد ولا عن شبه الجريمة . ولكن جاييس Gaius ،

أحد فقهاء الرومان المعروفين ، رأى أن يضع الالتزامات التي تنشأ من أعمال غير مشروعة إلى جانب الالتزامات التي تنشأ من الجرائم المحددة المعروفة ، بجماعة أن كلا من النوعين ينشأ من عمل غير مشروع (١). والذي كان جاييس يعنيه هو اعتبار هذه الالتزامات كأنها تنشأ من جريمة ، لا من حيث مصدرها ، لأنها لا تنشأ من جريمة في الواقع من الأمر ، بل من حيث أثرها ، إذ هي في حكمها كالالتزامات التي تنشأ من الجرائم ، فلا تنتقل إلى ورثة المدين ويصح أن تتجاوز حد الضرر الذي أحدثه العمل . والفرق واضح بين المعنيين ، إذ أن الشبه في المعنى الأول يقع على المصدر ، ويقع في المعنى الثاني على الأثر . وكان جاييس يقول عن هذه الالتزامات إن المدين فيها يلتزم كما لو كان يلتزم بجريمة (quasi ex delicto tenetur) . ورأى جاييس أيضاً أن يضع الالتزامات التي تنشأ من أعمال مشروعة إلى جانب الالتزامات التي تنشأ من العقود المعينة المعروفة (٢) ، ويقصد المعنى الذي قصد إليه في الأعمال غير المشروعة ، فهي التزامات يلتزم بها المدين كما لو كان يلتزم بعقد ، فليست إذن في مصدرها تنشأ من شبه العقد ، بل هي التزامات كذلك التي تنشأ من العقد من ناحية الأثر . وإلا فالفرق كبير بين العقد وما يسمى بشبه العقد ، فالأول توافق إرادتين ، والثاني لا وجود لهذا التوافق فيه ، بل قد لا توجد الإرادة فيه أصلاً . وكان يقول عن هذه الالتزامات إن المدين فيها يلتزم كما لو كان يلتزم بعقد (quasi ex contractu tenetur).

ولم يلبث الفرق الدقيق بين المعنيين أن زاد دقة وعموضاً ، حتى ورد فيما كتبه جاييس نفسه ونقله عنه جستنيان (Justinien) شيء من الخلط بينهما . على أنه يلاحظ أن كلا من جاييس وجستنيان لم يستعمل لفظي «شبه العقد» و «شبه الجريمة» اللذين استعملهما بوتيه (Pothier) والقانون الفرنسي من بعده . وقد أخذ هذان اللفظان مدلولاً آخر غير الذي كان يعنيه جاييس من اللفظين المقابلين لهما في ترتيبه . وسنبين ذلك فيما يلي .

(١) فالحق بالجرائم المعروفة ، ومنها السرقة والفسخ والتهديد ، أعمالاً أخرى غير مشروعة ، كإخلال القاضي بواجبات وظيفته ووقوع الدية من نافذة منزل ، فتصيب الغير بالضرر .
(٢) فالحق بالعقود المعروفة ، ومنها البيع والإيجار والفرض والمارية والمباينة والقسمة ، أعمالاً ووثائق أخرى مشروعة كعمل الفضولي ودفع غير المستحق وحالة الجوار ومركز الشخص في أسرته فيما يترتب على هذه الوثائق من التزامات .

٢٤ - القانون الفرنسي القديم : أما ترتيب مصادر الالتزام في القانون الفرنسي القديم فتاريخه تحوير مستمر للنظرية الرومانية حتى خرجت عن معناها الصحيح . ولم يلبث التعبير الروماني (quasi ex delicto) و (quasi ex contractu) أن انقلب فأصبح (ex quasi delicto) و (ex quasi contractu) . ولكن المعنى في أول الأمر لم يتغير واقتصر التحوير على اللفظ ، وإن كان «شبه العقد» اتسع نطاقه فأصبح يشمل مسائل أخرى كالقوامة والميراث . وفي عهد أصحاب الحواشي (glossateurs) صارت مصادر الالتزام العقد وملحق العقد والجريمة وملحق الجريمة ومصادر أخرى متفرقة (variae causarum figurae) . فاستبقى « المحشون » المصادر الأربعة التي عرفت عند جاييس وجستنيان ، ، وزادوا عليها هذه المصادر المتفرقة التي جعلوها مستقلة عن ملحق العقد وملحق الجريمة حتى ينسبوا إليها الالتزامات التي لا يمكن إرجاعها إلى مصدر من المصادر الأربعة الأولى كما في دعوى الاسترداد بسبب السرقة (condictio furtiva)

أما المدرسة البارتولية فقد حملها روح التحليل المنطقي التي اشتهرت بها على بحث الأساس الذي بنيت عليه الالتزامات الناشئة من « ملحق العقد » . وكان رأى بارتول (Bartole) أن ملحق العقد هذا ليس مبنياً على إرادة حقيقية أو مفترضة ، بل هو مبنى على إرادة وهمية خلقها القانون . وهذه هي الخطوة الأولى في تقريب « ملحق العقد » من العقد وإخراج هذا التعبير الأول عن المعنى الذي قصد إليه الرومان .

ثم تلى ذلك الخطوة الثانية ، وأصبح « ملحق العقد » يتضمن إرادة مفترضة تقربه من العقد الذي يتضمن إرادة حقيقية . وهكذا ابتعدنا عن النظرية الرومانية وانفجرت مسافة الخلاف بين النظريتين . فالنظرية الرومانية كانت ترى « ملحق العقد » هو العمل المشروع الذي ليس بعقد ، أى أن الفكرة الأساسية فيه هي أن تنفى عنه صفة العقد . أما الآن « فالملحق بالعقد » هو عمل مشروع يقرب من العقد في أن كلا منهما ليس عملاً مشروعاً فحسب ، بل هو أيضاً مبنى على إرادة : حقيقية في العقد ومفترضة في ملحق العقد . ومن هنا نشأت صفة العقد بملحق العقد ، وأصبح هذا « شبه عقد » .

ثم أتى بوتييه فجعل مصادر الالتزام خمسة : العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون .

٢٥ — قانونه نابليون : وانتقل الترتيب الذى أتى به بوتييه إلى قانون نابليون على علته . فجعل هذا القانون مصادر الالتزام خمسة هي المصادر ذاتها التى قال بها بوتييه .

وسلم كثير من فقهاء القانون المدنى الفرنسى فى أول الأمر بهذا الترتيب ، ولم يعرضوا له بنقد ، بل جعلوه أساساً لتعليقاتهم وشروحهم .

٢٥ . نقد الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام

٢٦ — نقد الأستاذ بلانيول^(١) : يرى الأستاذ بلانيول (Planiol) أن تقسيم العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام إلى جريمة وشبه جريمة ، بحسب وجود نية التعمد أو انعدامها ، لأهمية له ، لامن حيث نشوء الالتزام ولا من حيث ما يترتب عليه من الأثر . فشبه الجريمة ينشئ التزاماً كالجريمة سواء بسواء ، والتعويض يدفع كاملاً فى الحالتين .

أما شبه العقد فهو فى نظر الأستاذ بلانيول تعبير مضلل . ذلك أن أصحاب الترتيب التقليدى يزعمون أن شبه العقد قريب من العقد فى أنه عمل إرادى ، وبعيد عن الجريمة وشبه الجريمة فى أنه عمل مشروع . والواقع عكس ذلك تماماً ، فشبه العقد بعيد عن العقد لأنه غير إرادى ، وقريب من الجريمة وشبه الجريمة لأنه غير مشروع .

أما أن شبه العقد عمل غير إرادى ، فيظهر هذا من أن الالتزام الناشئ من شبه العقد ليس على أية صورة من الصور وليد الإرادة — بله توافق الإرادتين — فهو قد ينشأ رغم إرادة الملتزم ، لذلك لا يشترط توافر الأهلية فيه ، بينما يشترط توافرها فى المتعاقد لأن التزامه لا ينشأ إلا بإرادته . وإذا كنا فى شبه العقد قد

(١) أنظر مقاله فى المجلة الاقتصادية (Revue Critique) سنة ١٩٠٤ ص ٢٢٤ وما بعدها . وانظر أيضاً مختصره فى القانون المدنى جزء ٢ نقرة ٨٠٦ وما بعدها .

نصادف عملاً إرادياً في مبدأ الأمر ، كما إذا أقام شخص بناء على أرض الغير فينشأ التزام في ذمة صاحب الأرض بأن يرد ما أثرى به على حساب صاحب البناء ، فإن هذا العمل الإرادي ليس هو الذي خلق الالتزام . وليس من صدرت منه هذه الإرادة هو الملتزم ، بل الملتزم هو الشخص الذي لم تصدر منه أية إرادة ، وهو صاحب الأرض الذي فوجيء بالبناء مقاماً على أرضه .

وأما أن شبه العقد عمل غير مشروع . فيظهر هذا إذا عمقنا في تحليل الالتزام الذي ينشأ من شبه العقد . فإننا نقف عادة عند العمل الذي يبدأ به شبه العقد . وهذا العمل مشروع دون شك . فمن يدفع ديناً غير موجود أو يقيم بناء على أرض الغير يقوم بأعمال مشروعة . ولكن هذا العمل المشروع ليس هو الذي ينشئ الالتزام ، فإن الملتزم ليس هو الشخص الذي دفع الدين أو أقام البناء ، ومعروف أن سبب الالتزام يتصل بشخص المدين لا بشخص الدائن . فإذا أردنا أن نعرف سبب الالتزام متمسكين بإياه متصلاً بشخص المدين ، وجدنا أن هذا السبب في الحالتين المتقدمتين وفي الحالات الأخرى الماثلة يرجع إلي إثم المدين دون سبب على حساب الدائن ، فوجب عليه أن يرد للدائن ما أثرى به عنى حسابه . فالإثراء دون حق هو إذن مصدر الالتزام ، وهو عمل غير مشروع . ويتبين من ذلك أن شبه العقد ليس بالعمل الإرادي ولا بالعمل المشروع كما يزعمون .

٢٧ - رأى الأستاذ بلانيول في ترتيب مصادر الالتزام : ثم يقدم الأستاذ بلانيول أساساً لترتيب آخر ، فيذهب إلى أن للالتزام مصدرين اثنين : العقد والقانون . ويرد شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة جميعاً إلى القانون . ذلك أن الالتزامات التي تنشأ من هذه المصادر الثلاثة ليست إلا التزامات جزائية قامت بسبب الإخلال بالتزامات قانونية . ففي شبه العقد يثرى شخص على حساب غيره ، فيخل بالتزام قانوني هو ألا يثرى دون حق على حساب الغير ، وينشأ عن الإخلال بهذا الالتزام القانوني التزام جزائي هو رد ما أثرى به . وفي الجريمة وشبه الجريمة يحدث شخص ، خطأه العمد أو غير العمد ، ضرراً للغير ، فيخل بالتزام قانوني هو ألا يضر الغير بخطأه ، وينشأ عن الإخلال بهذا الالتزام القانوني التزام جزائي هو تعويض الضرر الذي أحدثه .

والذي يميز هذه الالتزامات الجزائية هو أنها ليست كالاتزامات القانونية درءاً للضرر قد يقع في المستقبل ، بل هي تعويض عن ضرر قد وقع في الماضي . على أنه يلاحظ أن هذه الالتزامات الجزائية إنما هي في الواقع الالتزامات القانونية ذاتها قد استحالت إلي تعويض ، على الوجه الذي نراه في الالتزامات التعاقدية عندما تستحيل هي أيضاً إلي تعويض إذا لم يمكن تنفيذها عيناً . فكل التزام غير تعاقدي يكون التزاماً قانونياً ، إما في صورته الأصلية ، وإما في صورة استحالة فيها إلي تعويض . وهو في الصورة الأولى يراد به درء ضرر قد يقع ، وفي الصورة الثانية يراد به التعويض عن ضرر قد وقع .

٢٨ - تقرير رأى الأستاذ بلانيول في ترتيب مصادر الالتزام :

هذا هو الرأى الذى يقدمه الأستاذ بلانيول في ترتيب مصادر الالتزام . وهو رأى خلاص ، بسيط المظهر ، سهل الفهم . ولكن حظ من الابتداع أقل مما يظهر لأول وهلة . فقد سبقه توليه (Toulier) (١) إلي نقد الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام نقداً جديداً . وبين في وضوح وجلاء : (أولاً) أن مصادر الالتزام لا تعدو أن تكون الاتفاق أو القانون . (ثانياً) أن الالتزامات التى يكون مصدرها القانون إما أن تستند إلى القانون رأساً وإما أن تنشأ على أثر عمل صادر من المدين أو الدائن . (ثالثاً) أن ما يسميه القانون بشبه العقد إنما يرجع إلى قاعدة عادلة هي عدم مشروعية الإثراء على حساب الغير . وأن المشرع كما ألزم من يأتي بعمل غير مشروع تعويض الضرر الذى يحدث من هذا العمل ، ألزم كذلك من يثرى بعمل مشروع على حساب غيره أن يرد إلي هذا الغير ما أثرى به على حسابه ، وهذا تقابل منطقي عادل .

ولكن بلانيول كان مندعاً عندما أوجد الصلة بين الالتزامات القانونية

(١) توليه ١١ فقره ٢ ، وما بعدها . وعمل توليه هو أول من قد الترتيب الذى أتى به قانون نابليون نقداً جديداً ، وبمسح الفارى في كتابته الدقة والشمع عند معالجته هذا الموضوع . وقد أنصف بلانيول توليه حين ذكر عنه ما يأتي : «... إن هاتين الصفتين من كتابه ، وهما صاдрتان عن تفكير قوى وتعبير متين ، لم يلقا نظر من جاء بعده من الفقهاء . ولا ندري كيف أن ديوملوب ، وهو الذى استعان كثيراً بكتاب توليه في هذا الموضوع ، لم يخلص منه بفائدة . فإتينا إذا لم نقرأ آراء توليه إلا عن طريق ما اقتبسه منه ديوملوب لا نخزر أن توليه قد أتى بهذه الآثار العميقة المتجة » . (بلانيول ٢ فقره ٨١١ هامش رقم ١) .

والالتزامات التي تنشأ من الجريمة وشبه الجريمة وشبه العقد . فهذه الالتزامات الأخيرة كما يقول ما هي إلا التزامات قانونية استحالت إلى تعويض مالي . وكان مبتدعاً كذلك عندما أرجع كل هذه الالتزامات غير التعاقدية إلى فكرتين أساسيتين : درء خطر قد يقع ، أو التعويض عن ضرر قد وقع .

علي أنه بالرغم من روعة ما في هذا التحليل من جدة وبساطة ، فليس فيه ما يلقى كثيراً من الضوء على ترتيب مصادر الالتزام . إذ نكاد نكون بعد نظرية بلانيول حيث كنا قبلها ، لم نتقد خطوة كبيرة إلى الأمام . فهي أقرب إلى التعليل منها إلى التحليل ، لأنها توضح علة وجود الالتزامات أكثر مما تبين مصدر نشوئها .

هذا هو بوجه إجمالي موضع الضعف في نظرية الأستاذ بلانيول . وإذا أردنا نقد تفاصيلها أخذنا عليها ما يأتي :

(أولاً) إذا صح أن القانون مصدر لكل الالتزامات غير التعاقدية ، فهو مصدر غير مباشر بالنسبة إلى بعضها ، ومصدر مباشر بالنسبة إلى بعض آخر (١) . وكان الأولى أن يبرز العمل كما برز العقد مصدراً مستقلاً من مصادر الالتزام .

(ثانياً) بالغ الأستاذ بلانيول في تأكيده بأن شبه العقد عمل غير مشروع ، مع أن القول بأنه عمل مشروع لا يخلو من الوجهة . ذلك أن المثلث على حساب الغير إنما يلتزم بعمل إذا نظرنا إليه في أصله كان مشروعاً ، وإذا نظرنا إليه في نتيجته كان غير مشروع . فهو عمل يتسبب عنه إثراء على حساب الغير . فيبقى العمل في ذاته مشروعاً وإن تسببت عنه نتيجة غير مشروعة .

على أنه من الإنصاف أن يقال إن لبلانيول فضلاً كبيراً في توجيه نظر الفقهاء إلى عيوب الترتيب التقليدي لمصادر الالتزام . وقد أجمع الفقهاء ، على

(١) إذا قلنا إن القانون مصدر لبعض الالتزامات فإننا نقصد بذلك أن هذه الالتزامات لا تزال تولد من وقائع قانونية ، شأنها في ذلك شأن الالتزامات التي تولد من العقد ومن العمل غير المشروع . ومن الإثراء بلا سبب ، ولكنها لا تولد عن هذه الوقائع إلا في حالات خاصة ينص عليها القانون بطريق مباشر .

أثر الحملة التي قام بها ، على نقد هذا الترتيب . وما لبثوا أن هجروه إلى ترتيب حديث ، ننتقل الآن إليه .

§ ٣ - الترتيب الحديث لمصادر الالتزام

٢٩ - القانون المدني القديم : نص القانون المدني القديم في المادتين ١٤٧/٩٣ على أن «التعهدات إما أن تكون ناشئة عن اتفاق أو عن فعل أو عن نص القانون» . وهذا الترتيب خير بكثير من الترتيب الذي أتى به القانون الفرنسي . فقد تجنب أكثر وجوه النقد التي توجه إلى الترتيب الأخير ، فلم يفرق بين الجريمة وشبه الجريمة . ولم يجعل مايسمي « بشبه العقد » مصدراً للالتزام ، بل جمع المصادر التي وزعها القانون الفرنسي بين شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة في مصدر واحد وأسماء «فعلاً» (fait) . وأبقى العقد والقانون مصدرين مستقلين .

وكل مايمكن أن يوجه للقانون المصري القديم من النقد أنه لم يبين ماينطوى تحت كلمة «الفعل» من معان . فالفعل إما أن يكون من شأنه أن يفتقر الدائن دون حق ، وهذا هو العمل غير المشروع . وإما أن يكون من شأنه أن يغني المدين دون سبب ، وهذا هو الإثراء بلا سبب . وهكذا يتكشف عن «الفعل» مصدران لامصدر واحد ، كان فصل أحدهما عن الآخر أجلى بياناً وأوسع إحاطة .

٣٠ - التقنيات الحديثة والفقه الحديث : وإذا رجعنا إلى التقنيات

الحديثة ، كالتقنين الألماني والتقنين السويسري والمشروع الفرنسي الإيطالي والتقنين الإيطالي الجديد ، وأردنا أن نستخلص منها ماتوخته من ترتيب لمصادر الالتزام ، أمكن أن يقال في شيء من التعميم إن المصادر التي أقرتها هذه التقنيات خمسة : العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون .

وبشرك هذا الترتيب الحديث مع الترتيب القديم في مصدرين هما العقد والقانون . أما الجريمة وشبه الجريمة فيجتمعان في « العمل غير المشروع » . وشبه

العقد في الترتيب القديم يقابله الإثراء بلا سبب . ويزيد الترتيب الحديث الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام .

وهذا الترتيب هو الذي أخذ به أكثر الفقهاء في الفقه الحديث (١) .

٣١ - التقنين المدني الجبرم : ويلاحظ أن التقنينات الحديثة لا تورده

في نص خاص مصادر الالتزام مرتبة هذا الترتيب الخجاسي الذي تقدم ذكره ، بل إن هذا الترتيب يستخلص من التبويب الذي اتخذته هذه التقنينات . وعلى هذا النحو جرى التقنين المدني الجديد ، فلم يورد نصاً خاصاً يقر فيه أى ترتيب معين ، بل اقتصر على عرض مصادر الالتزام المختلفة في فصول متعاقبة ، مرتبة على النحو المتقدم ، وقد ورد في هذا الصدد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتي .

«والواقع أن مدت التقنينات ، ولا سيما ما كان منها جرماني النزعة . لا يورد في النصوص تقسماً للمصادر . بل إن المشروع الفرنسي الإيطالى ذاته ، على شدة تأثيره بالنزعة اللاتينية ، انتهى إلى الإعراض عن كل تقسيم فقهي ، ونعي على التقسيم الذي اتبعه التقنين الفرنسي قصوره وفساده ومجانبته للمعقول . وقد برر

(١) ويذهب الدكتور حلمى بهجت بدوى بك (أنظر كتابه في أصول الالتزامات ص ٣٦ - ص ٤٠) إلى أنه لا يوجد إلا مصدران للالتزام : الإرادة والقانون . ولكنه يختلف اختلافاً جوهرياً عن القائمين بالترتيب الثنائى . فمده أن الالتزام العقدى يتعلل إلى التآمين مستقلين لكل منهما مصدر خاص : الدين ومصدره الإرادة ، وإجبار الدين على الوفاء ومصدره القانون . وهذا الالتزام الثانى هو المسئولية العقدية . وهو يذهب إلى أن المسئولية العقدية ، كغيرها من أحوال المسئولية الأخرى ، مصدرها القانون . فالقانون يقضى بالمسئولية إذا أخل المتعهد بالوفاء بتمهده ، وإذا أصر الإنسان بغيره ، وإذا أثرى على حساب غيره ، وإذا تدخل في شؤون غيره ...

ولا تظيل القول في تعدد هذا التقسيم فإن المؤلف نفسه لم يلتزمه . ونجزمى . بالاشارة إلى أن عيه الجوهري في رأينا هو أن المؤلف يذهب إلى أن مصدر المسئولية العقدية يختلف عن مصدر الدين العقدى . والصحيح أن المسئولية العقدية والدين العقدى لهما مصدر واحد هو الإرادة . ذلك أن الدين في العقد إنما أراد أن يرتب في ذمته ديناً وأراد أيضاً أن يكون لذاته حق إجباره على الوفاء بهذا الدين ، والقانون يأتي بعد ذلك بقرهذه الإرادة في شقيها ، شق المديونية وشق المسئولية . فلا محل مطلقاً للتمييز ما بين المديونية والمسئولية من حيث المصدر . وقد رأينا فيما تقدم أن الألمان يعمرون ما بين المديونية والمسئولية في الالتزام العقدى ولكنهم لا يحملون أحدهما يختلف في مصدره عن الآخر . فلا يمكن الاستناد إذن إلى النظرية الألمانية للدفاع عن هذا التقسيم .

واضعو المشروع الفرنسي الإيطالي إعراضهم عن كل تقسيم وبذهم بالأحكام الحالية الواردة في المادة ١٣٧٠ من التقنين المدني الفرنسي والمادة ١٠٩٧ من التقنين المدني الإيطالي بأن التقسيم الذي اتبعه هذان النصان ألقى بأغراض التعليم منه بأغراض النصوص التشريعية . واستطرد التقرير الخاص بالمشروع المتقدم ذكره قائلاً : «والخلاصة أن الفقه بوسعه أن يجرى على التقسيم التقليدي أو أن يحل محله تقسيماً أكثر اتفاقاً مع المعقول ، والنتيجة أن إسقاط التقسيم من المشروع قد أزال من النصوص عقبة تحول دون حرية اجتهد الفقه في الإبداع والتصوره . وقد رؤى من الأنسب اقتفاء أثر المشروع الفرنسي الإيطالي وتقنينات حديثة أخرى ، فلم يقتصر الأمر على الإعراض عن التقسيم البالي الذي اتبعه التقنين الفرنسي العتيق ، بل جاوز ذلك إلى العدول عن إقرار أى تقسيم رسمي في النصوص . وعلى هذا النحو وقع المشروع بعرض مصادر الالتزام المختلفة دون أن يجهد في ردها إلى أقسام جامعة شاملة في نص خاص . فعمد ، نسجاً على منوال أحدث التقنينات ، إلى البدء بأحكام العقد والإرادة المنفردة (١) ، ثم تناول العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب ، وانتهى بالالتزامات التي تنشأ مباشرة من نص القانون (٢) .

٣٢ - أساس علمي لترتيب مصادر الالتزام ومصادر الحقوق

بوجه عام : تبين مما تقدم أن التقنينات الحديثة جعلت مصادر الالتزام خمسة : العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون . وهذا الترتيب قلب فيه الناحية العملية ، وينقصه الأساس العلمي الذي يرتكز عليه . فلا يسن أن نقول إن هذه هي مصادر الالتزام ، بل يجب إرجاع هذه المصادر إلى أصول علمية منطقية .

(١) وسنرى أن الإرادة المنفردة ، إذا كان المشروع التهدي قد اعتبرها مصدراً عاماً للالتزام كالقصد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب ، إلا أنها في المشروع النهائي ، ثم في التقنين الجديد ، لم تصبح مصدراً للالتزام إلا في حالات خاصة يعينها نص في القانون . ومن ثم أصبحت الالتزامات التي مصدرها الإرادة المنفردة في القانون الجديد إنما هي التزامات أنشأها القانون بطريق مباشر بمقتضى نصوص خاصة ، وقد عالجناها ضمن الالتزامات التي تنشأ من القانون .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣ هامش رقم ١ .

ونحن إذا أردنا أن نرجع مصادر الالتزام إلى ترتيب منطقي ، وفهمنا أن المراد بالمصدر هو السبب القانوني الذي ينشيء الالتزام ، وجدنا عند التأمل أن الأسباب القانونية التي تنشئ الالتزامات ليست مقصورة على هذه الدائرة - دائرة الحقوق الشخصية - بل هي تتناول أيضاً حقوق العينية ، بل تجاوز قانون الأموال إلى قانون الأسرة ، بل هي تخلق في سماء القانون ، وتنشئ كل العلاقات القانونية أو تؤثر فيها ، سواء كانت هذه العلاقات ترجع إلى القانون الخاص أو إلى القانون العام .

ومن الواضح أن السبب الذي ينشيء علاقة قانونية أو يؤثر فيها هو أمر مجرد فيحدث تعديلاً في العلاقات للقانونية الموجودة . ولو كان لنا أن نتصور أن الأرض كفت عن الدوران ، وأن كل مخلوق عليها ركن إلى السكون ، أمكن أن نقول إن العلاقات القانونية تبقى على حالها دون تغير في الوقت الذي تجمد فيه كل حركة . فإذا حدث بعد ذلك أية حركة ، فقد يكون من شأنها أن تعدل في هذه العلاقات . هذه الحركة التي وقعت نسميها « بالواقعة » . فإذا كان من شأنها أن تنتج أثراً قانونياً سميت « بالواقعة القانونية » (fait juridique) . وهي إما أن تكون راجعة لإرادة الإنسان ، وإما ألا ترجع لهذه الإرادة .

فهبوب العواصف ، وانفجار البراكين ، ودوران الأرض ، كل هذه وقائع لا ترجع لإرادة الإنسان ، بل هي من عمل الطبيعة . وقد تؤثر في العلاقات القانونية الموجودة : هبوب العواصف أو انفجار البراكين قد يكون قوة قاهرة تعني المدين من التزام . ودوران الأرض حول نفسها يعين ساعات تنفيذ الالتزام في عقد العمل . ودورانها حول الشمس يحصي عدد السنين اللازمة للتملك بالتقادم .

والوقائع التي ترجع لإرادة الإنسان أكثرها أعمال مادية ، قد يريد صاحبها أن يحدث بها أثراً في الروابط القانونية الموجودة أو لا يريد ذلك . فهو يأكل ويمشي ويتحدث ويعاشر الناس ويحاملهم ، وهو لا يريد عادة من وراء هذا أن يؤثر في علاقاته القانونية . ولكن هذه العلاقات قد تتأثر دون أن تتجه إرادته إلى شيء من ذلك . فإذا أكل شيئاً لا يملكه أصبح مسؤولاً عن تعويض المالك . وإذا مشي دون حيلة فأتلف شيئاً وجب عليه أن يعرض عما أتلف . وإذا تحدث فذكر مناب للغر فقد يكون هذا سبباً أو قدفاً يجعله مسؤولاً . وإذا جامل

الغير فقام ببعض شؤونهم فقد نجد نفسه مازماً بإتمام مبادئه ويكون دائماً هذا الغير بمقدار ما كلفه العمل . ويلاحظ أنه في الوقائع المتقدمة قد قام الشخص بأعمال مادية اختيارية ، أراد النتائج التي تترتب عليها في بعض الفروض ، ولكنه في أكثر الفروض لم يرد شيئاً من هذه النتائج .

وهناك من الوقائع التي ترجع لإرادة الإنسان مالم يس بأعمال مادية ، بل هي أعمال إرادية . وزيد بالعمل الإرادي هنا عمل الإرادة المحضة تنجه إلى إحداث نتائج قانونية معينة . مثل هذه الوقائع تسمى أعمالاً قانونية (actes juridiques) تميزاً لها عن الأعمال المادية . ومنها ما يرجع لإرادة الشخص منفرداً كالوصية والوقف والوعد بجائزة (الجعالة) ، ويسمى بالعمل القانوني الصادر من جانب واحد (acte juridique unilatéral) ، ومنها ما يرجع لإرادته مقرونة بإرادة طرف آخر ، وهذا هو العقد (acte juridique bilatéral , contrat) .

من ذلك نرى أن الوقائع هي مصادر الروابط القانونية . والوقائع إما أن تكون طبيعية (faits naturels) أو اختيارية (faits volontaires) . والوقائع الاختيارية إما أن تكون أعمالاً مادية (actes matériels) أو أعمالاً قانونية (actes juridiques) . والأعمال القانونية إما أن تكون صادرة من جانب واحد (actes unilatéraux) أو صادرة من الجانبين (actes bilatéraux , contrats) . والقانون من وراء كل ذلك محبط . فهو الذي يحدد الآثار القانونية التي تترتب على الوقائع والأعمال جميعاً .

ويلاحظ في هذا الترتيب أننا ندرجنا من الأعم إلى الأخص . فالوقائع القانونية تشمل الوقائع الطبيعية والوقائع الاختيارية ، والوقائع الاختيارية تشمل الأعمال المادية والأعمال القانونية . والأعمال القانونية تشمل الأعمال الصادرة من جانب واحد والأعمال الصادرة من الجانبين .

٣٣ - تطبيق هذا الترتيب على مصادر الحقوق العينية : المعروف أن

أسباب كسب الحقوق العينية سبعة : الاستيلاء والميراث والوصية والانتصاق والعقد والشفعة والحيازة .

فإذا رتبنا هذه الأسباب على النجو الذي قدمناه كان منها الوقائع الطبيعية ،

وهي الميراث وأسباب الأخذ بالشفعة والتقدم . ومنها الأعمال المادية ، وهي الاستيلاء والاتصاق والحيازة . ومنها الأعمال القانونية ، بعضها عمل صادر من جانب واحد وهي الوصية وإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، وبعض آخر عمل صادر من الجانبين ، وهو العقد (١) .

(١) وهذا الترتيب الذي توخيناه تظهر فيه مزيتان متصلتان بأسباب كسب الحقوق العينية :

(الأولى) أنه يفسر بعض المسائل الفامضة . فكثيراً ما يناقش الفقهاء هل الشفعة حق عيني أو هي شيء غير ذلك . كما يتناقشون في طبيعة الحيازة وهل هي حق عيني . ونحن لا نتردد في الإجابة على هذه المسائل بما قدمناه . فلا الشفعة ولا الحيازة بحق عيني أو حق شخصي ، بل هما واقعتان قانونيتان تدخلان في أسباب كسب الملكية . فهما إذن ليسا بحقوق ، بل هما مصدر للحقوق . ولا يصح أن يقال عن أي منهما إنه حق عيني أو حق شخصي بالتقدير الذي لا يصح أن يقال به إن العقد ، وهو أيضاً مصدر للحقوق ، حق عيني أو حق شخصي . والأهمية العملية لعدم اعتبار الشفعة حقاً أنه لا يجوز لدائى الشفع أن يستعملوا الشفعة باسم مدنيهم .

والذى ضلل الناس في أمر الشفعة هو أنها تجمل الشفع بالنسبة إلى العين المشفوع فيها في منزلة من له الحق في أن يملكها . وهذه منزلة وسطى بين مجرد الرخصة في التملك ، حيث يكون الشخص أجنبياً عن الشيء ، وحق الملكية الكامل ، حيث يكون للشخص حق عيني في الشيء . ونظير ذلك شخص صدر له إيجاب بالبيع ، فهو أيضاً في منزلة وسطى بين من له مجرد الرخصة في الشراء قبل صدور الإيجاب وبين المشتري الذى أصبح مالكا عند تمام البيع . وقد نبه فقهاء الشريعة الإسلامية إلى هذه المنزلة الوسطى ، ووصفوها بأنها حق الشخص في أن يملك ، أو كما يقول القرافي في الفروق « من انعقد له سبب المطالبة بالملك » ويفرق بين هذا وبين « من ملك أن يملك » (الفروق للقرافي المطبعة التونسية سنة ١٣٠٢ الجزء الثالث ص ٢٨ — ص ٣١ — النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية للدكتور شفيق شحاته فقرة ٣٢٢ ص ٢٦٥ وما بعدها) .

والقائلون بانتقال الشفعة إلى الورثة يعنون بذلك أن الحق في التملك بسبب الشفعة — وهو كما قلنا منزلة وسطى بين مجرد الرخصة والحق الكامل — ينتقل بالميراث ، ونظير ذلك أن ينتقل حق من وجه إليه الإيجاب إلى ورثته بعد موته فيقبلون بدلا منه ، وسرى أن هذا الحق لا ينتقل إلى الورثة وأن الإيجاب يقط بموت من وجه إليه هذا الإيجاب .

(الثانية) أن هذا الترتيب يزيل لبسا نشأ من عدم الدقة في تعريف العمل المادى والعمل القانونى . فقد جرت الفقهاء على أن تعرف العمل المادى بأنه واقعة اختيارية لا يقصد منها صاحبها النتيجة القانونية التى تترتب عليها ، أما العمل القانونى فواقعة اختيارية يقصد نتيجتها القانونية . فإذا سلمنا بهذا التعريف تساءلنا أين إذن نضع الاستيلاء والحيازة ؟ نضعهما طبقاً للتعريف المتقدم في الأعمال القانونية لأن القائم بهما يقصد ما يترتب عليهما من النتائج . ولكن =

٣٤ - تطبيق الترتيب على مصادر الالتزام : ونطبق هذا الترتيب

العلمي على مصادر الالتزام . فالوقائع الطبيعية كالجوار والقرابة يرتب عليها القانون التزامات معينة لاعتبارات ترجع للعدالة والتضامن الاجتماعي . لذلك يصح إسناد هذه الالتزامات للقانون مباشرة فيكون هو مصدرها .

والأعمال المادية قسمان : القسم الأول أعمال غير مشروعة تصدر من المدين فتفقر الدائن دون حق فيلتزم المدين بالتعويض ، ومصدر هذا الالتزام هو العمل المادى الضار . والقسم الثانى أعمال مشروعة تغنى المدين على حساب الدائن فيلتزم المدين أن يرد ما اغتنى به ، ومصدر هذا الالتزام هو العمل المادى النافع .

== القول بهذا يغالب المعقول ، فمن غير الممكن التليم بأن الاستيلاء والحيارة من الأعمال القانونية ، لذلك يخرجها بعض الفقهاء من دائرة هذه الأعمال بتعليقات مشكوك في وجاهتها (أنظر ديموج ١ ص ١٢ - ص ٢٦) . ولا شك في أن الاستيلاء والحيارة أعمال مادية . لذلك وجب أن يصح تعريف العمل المادى والعمل القانونى . فالأول هو عمل مادى يقع من الإنسان باختياره ، سواء أراد النتيجة القانونية التى تترتب عليه أو لم يرد . فالعمل الضار هو عمل مادى اختيارى لا يريد صاحبه ما يترتب عليه من النتائج القانونية ، والاستيلاء عمل مادى اختيارى يريد صاحبه هذه النتائج ، والاتصاف والفضالة من الأعمال المادية الاختيارية التى قد يريد صاحبها نتائجها القانونية وقد لا يريد بها . أما العمل القانونى فليس بعمل مادى ، بل هو إرادة محضة تنجبه لإحداث نتيجة قانونية معينة . فالتى يميز إذن بين العمل المادى والعمل القانونى ليس هو كما يظن الكثيرون أن الأول لا تقصد نتيجته القانونية ، والثانى تقصد منه هذه النتيجة ، ولكن المميز بين العاملين هو أن الأول مادى والثانى غير مادى أو هو مجرد إرادة تنجبه لإحداث أثر قانونى .

على أنه يمكن تمييز طائفة ثالثة من الوقائع القانونية تصح تسميتها بالوقائع المركبة والوقائع المختلطة . فإذا كانت الواقعة القانونية تتركب من واقعة مادية وعمل قانونى ، كانت مركبة (complexe) . مثل ذلك الشفعة اقترن فيها بيع العين المشفوعة مع الشبوع أو الجوار ، وهذه واقعة مادية ، وإعلان الشفع رغبتة فى الأخذ بالشفعة ، وهذا عمل قانونى . أما إذا كانت الواقعة القانونية شيئاً واحداً ولكن اختلط فيه العنصر المادى بعنصر الإرادة ، كانت الواقعة مختلطة (mixte) . مثل ذلك الاستيلاء اختلطت فيه الحيارة المادية ، وهى عنصر مادى ، بإرادة المستولى فى أن يشملك فى الحال ، وهى عنصر إرادى ، ولكن العنصر المادى هنا هو التغلب . ومثل ذلك أيضاً الوفاء اختلط فيه تسليم الشيء الواجب الإداء ، وهو عنصر مادى ، بالاتفاق على اقتضاء الدين ، وهو عنصر إرادى ، ولكن العنصر الإرادى هـ

والأعمال القانونية إما أن تكون صادرة من الجانبين وهذا هو العقد ، أو صادرة من جانب واحد وهذه هي الإرادة المنفردة .
ومن ذلك نرى أن العقد والإرادة المنفردة تتضمنها الأعمال القانونية . وهذه يقابلها الأعمال المادية ويدخل فيها العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب . وكل من الأعمال القانونية والأعمال المادية وقائع اختيارية تقابلها الوقائع الطبيعية ، وهذه هي التي تنسب للقانون .

الباب الأول

العقد

LE CONTRAT.

تمهيد

٣٥ - مسائل مملوكة : نعهد للكلام في العقد بكلمات ثلاث : إحداها في تعريف العقد ، والثانية في مبدأ سلطان الإرادة ، والثالثة في تقسيم العقود .

° °

§ ١ - تعريف العقد

٣٦ - الاتفاق والعهدة : يتميز بعض الفقهاء بين الاتفاق والعقد .

فالانفاق (convention) هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه . فالانفاق على إنشاء التزام مثله عقد البيع ، ينشئ التزامات في جانب كل من البائع والمشتري . والانفاق على نقل التزام مثله الحوالة ، تنقل الحق أو الدين من دائن لدائن آخر أو من مدين لمدين آخر . والانفاق على تعديل التزام مثله الاتفاق على اقتران أجل بالالتزام أو إضافة شرط له . والانفاق على إنهاء التزام مثله الوفاء ينهي به الدين .

والعقد (contrat) أخص من الانفاق ، فهو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله . ومن ذلك يتضح أن كل عقد يكون اتفاقاً . أما الانفاق فلا يكون عقداً إلا إذا كان منشئاً للالتزام أو ناقلاً له . فإذا كان يعدل الالتزام أو ينهي فهو ليس بعقد .

وقد نقل القارن المسمى الفرنسي هذا التفريق بين العقد والانفاق عن بوتيه ودوما ، إذ عرف العقد في المادة ١١٠١ بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شيء أو بفعله أو بالامتناع عن فعله . فالعقد إذن بمقتضى هذا التعريف اتفاق ينشئ التزاماً ، فهو نوع (espèce) والانفاق جنس (genre) له . ويلاحظ أن التعريف الذي أورده القانون الفرنسي يجمع بين تعريف العقد وتعريف الالتزام ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٣٧ - الأهمية للتمييز بين الاتفاق والعقد: ولازى أهمية للتمييز بين

الاتفاق والعقد. ونفق في هذا مع أكثر الفقهاء. وإذا كان الفقهاء الذين يقولون بالتمييز يرون أهمية له من حيث الأهلية، فهي تختلف في العقد عنها في الاتفاق، فإنه يلاحظ على هذا الرأي أن الأهلية تختلف باختلاف العقود ذاتها، فهي في عقود التبرع مثلاً غيرها في عقود المعاوضة، ومع ذلك لم يقل أحد إن هناك فرقاً ما بين الهبة والبيع من حيث أن كلا منهما عقد لمجرد أن الأهلية تختلف في أحدهما عنها في الآخر.

وكان المشروع التمهيدى يورد تعريفاً للعقد لا يميز فيه بينه وبين الاتفاق. فنصت المادة ١٢٢ من هذا المشروع على أن «العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها». وهذا هو تعريف المشروع الفرنسي الإبطالى في المادة الأولى منه. وقد قصد من إيراد هذا التعريف في المشروع نفي كل تفرقة بين العقد والاتفاق وجعلهما شيئاً واحداً كما صرحت بذلك المذكرة الإيضاحية (١). وإذا كان هذا التعريف قد حذف في المشروع النهائي فإن هذا الحذف لا يعنى عدولاً عن عدم التمييز بين الاتفاق والعقد، بل كان الحذف مجازاة لسياسة تشريعية هي تجنب الإكثار من التعريفات الفقهية (٢).

لذلك نرى أن يعرف العقد بأنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه.

٣٨ - وجوب الاتفاق على إمرات أثر قانوني: والمهم في العقد أن

يكون هناك اتفاق على إحداث أثر قانوني. فإذا لم يكن المراد إحداث هذا الأثر فليس هناك عقد بالمعنى القانوني المقصود من هذه الكلمة. ويتبين ذلك من الظروف والملازمات.

فقد يدعو شخص آخر إلى وليمة، في نطاق المجاملات الاجتماعية، فيقبل

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠ في الخامس.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١ في الخامس و ص ٩ في الخامس.

المدعو ، ولا يقصد الطرفان من هذا الاتفاق أن ينشأ التزاماً قانونياً فيما بينهما . فإذا تخلف المدعو أو عدل الداعي لم تترتب على ذلك مسئولية في جانب من أخل منهما بوعده . ولكن قد يكون تقديم الطعام التزاماً قانونياً إذا قصد المتعاقدان ذلك . ويتبين قصدهما من الظروف . فإذا انفتت شركة مع مستخدم عندها على أن تقدم له الغذاء أثناء عمله في جهة نائية ، أو تعهد صاحب الفندق أن يقدم الطعام للزبيل ، فهذا التعهد ذو أثر قانوني وهو ملزم للمتعهد .

وقد يتبرع صديق لصديقه بتقديم خدمة مجانية دون أن يقصد الالتزام قانوناً بتقديم هذه الخدمة . فإذا وعد مزارع جاره أن يقدم له المعونة دون مقابل في حصاد زرع ، أو تقدم طبيب لمعالجة صديق له دون أجر ، أو عرض شخص على صديقه أن يستصحبه في سيارته ، فلا تنطوي هذه الاتفاقات على معنى الإلزام . وإنما يكون الإلزام إذا قصد إليه الطرفان . فالطبيب الذي تعهد أن يعالج فقيراً دون أجر يلزم قانوناً بذلك .

وقد تقوم اتفاقات بين أعضاء الأسرة لا يقصد بها عقد التزامات قانونية . فالولد الذي يعمل مع أبيه في صناعته ، والزوجة التي تعين زوجها في تجارته ، والأب الذي يعد ابنه بجائزة إذا نجح في الامتحان ، لا يقصد أى منهم أن يرتبط ارتباطاً ملزماً . ولكن إذا قام هذا القصد ترتب على قيامه الارتباط القانوني . فقد يعمل الولد أجيراً عند أبيه ، وقد تشارك الزوجة زوجها في تجارته ، وقد يعد شخص بجائزة من يقدم خير تصميم لمبنى يريد إقامته فيفوز ابنه المهندس بالجائزة .

٣٩- تحرير منطق العقد: وليس كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني

يكون عقداً . بل يجب أن يكون هذا الاتفاق واقعاً في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية .

فالمعاهدة اتفاق بين دولة ودولة ، والنيابة اتفاق بين النائب وناخبيه ، وتولية الوظيفة العامة اتفاق بين الحكومة والموظف . ولكن هذه الاتفاقات ليست عقوداً إذ هي تقع في نطاق القانون العام : الدولي والدستوري والإداري .

والزواج اتفاق بين الزوجين ، والتبني في الشرائع التي تجيزه اتفاق بين الوالد المتبنى والولد المتبنى . ولكن يجدر ألا تدعي هذه الاتفاقات عقوداً وإن

وقعت في نطاق القانون الخاص ، لأنها تخرج عن دائرة المعاملات المالية . فإذا وقع اتفاق في نطاق القانون الخاص وفي دائرة المعاملات المالية فهو عقد . تستوى في ذلك العقود التي ينفذ فيها المتعاقدان على قدم المساواة وتلك التي يذعن فيها أحد المتعاقدين للآخر ، والعقود التي توفق ما بين مصالح متعارضة وتلك التي تجمع ما بين مصالح متوافقة ، والعقود الذاتية (actes subjectifs) وتلك التي تنظم أوضاعاً مستقرة (actes-règle, actes-condition) . وكان بعض فقهاء القانون العام يريدون إخراج عقود الإذعان (contrats d'adhésion) والعقود التي تجمع ما بين المصالح المتوافقة كمعقد الشركة ، والعقود التي تنظم أوضاعاً مستقرة كالعقود الجماعية (contrats collectifs) ، من منطقة العقد . ولكن هذا الرأي لم يسد في القانون المدني .

٤٠ - المذهب الشخصي والمادى في العقد : سبق أن أشرنا إلى

مذهبين في الالتزام ، أحدهما شخصي ينظر إلى الالتزام كرابطة شخصية ، والآخر مادى ينظر إليه كقيمة مالية . هذان المذهبان زارهما أيضاً في العقد . فالمذهب الشخصي يرى العند وليد الإرادة الباطنة أو الإرادة النفسية . والمذهب المادى يراه وليد الإرادة الظاهرة أو الإرادة المادية .

والقوانين اللاتينية ، هنا أيضاً ، هي التي تذهب مذهباً شخصياً في العقد ، وتأخذ بنظرية الإرادة الباطنة (volonté interne) ، وعندها أن العبرة بإرادة المتعاقدين التي يكتنفها في الضمير ، وما التعبير المادى عن هذه الإرادة إلا مجرد دليل يكشف عنها . فإن اتفق هذا التعبير مع الإرادة الحقيقية أخذ به ، وإلا فالعبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني .

أما القوانين الجرمانية فتأخذ في كثير من الأحوال بالإرادة الظاهرة (volonté externe, déclaration de volonté) ، وتقف عند التعبير عن الإرادة ، ولا شأن لها بالإرادة الحقيقية . فالتعبير المادى عن الإرادة ليس مجرد دليل عليها بل هو الإرادة ذاتها : الإرادة في ثوبها الاجتماعي حيث يمكن التعرف عليها . وهذا المظهر المادى هو المظهر الذي يجب الوقوف عنده ، ما دام العند ينشئ روابط اجتماعية . ولا عبرة بالإرادة التي تنطوى عليها النفس ، فهي من الظواهر النفسية ، لا يعنى القانون بها وهو ينظم لروابط الاجتماعية . وسنعود إلى هذا الموضوع بياناً أوفى فيما يلي .

٢ § - مبدأ سلطان الإرادة

(Autonomie de la Volonté)

٤١ - عرض عام للمبدأ : يذهب أنصار هذا المبدأ إلى أن الإرادة

لها السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي الآثار التي تترتب عليه ، بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية .

وعندهم أن النظام الاجتماعي يرتكز على الفرد . فهو الغاية ، وخدمته يسخر المجموع . والفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية ، بل إن مظهر هذه الشخصية هي الإرادة الحرة المستقلة . وكما أن رجال الفلسفة يجعلون التفكير آية الشخصية من الناحية الفلسفية . فإن رجال القانون من أنصار هذا المبدأ يتخذون الإرادة آية الشخصية من الناحية القانونية . ولما كان الفرد يعيش في المجتمع ، ولما كانت الغاية الأولى هي احترام حريته وإرادته ، كان من الواجب أن تكون روابطه بغيره من أفراد المجتمع أساسها الإرادة الحرة . فلا يخضع لمواجبات إلا إذا كان قد ارتضاها مختاراً . وكل التزام أساسه الرضاء والاختيار يتمشي مع القانون الطبيعي ، لأن هذا القانون إنما يقوم على الحرية الشخصية ووجوب احترامها . فالإرادة الحرة هي إذن مبدأ القانون ، والغاية التي ينتهي إليها . وما المهمة التي يضطلع بها القانون إلا لتحقيق حرية كل فرد بحيث لا تتعارض هذه الحرية مع حريات الآخرين . هذا التوازن ما بين الحريات جميعاً هو ما يجب على المشرع أن يعنى به . وليس عليه بعد ذلك أن يرى ما إذا كان النشاط الفردي الحر يتفق مع ما تقتضيه مبادئ الأخلاق ، ولا عليه أن يرى إلى أي حد يتفق صالح المجموع مع صالح الفرد ، فالفرد لا المجموع هو الذي يخيمه القانون .

هذا المبدأ كان له حظ كبير من الأثر في القانون الحديث بعد انتشار المذهب الفردي على أثر تطور النظم الاقتصادية . ولكن استمرار هذه النظم في التطور ، وظهور الصناعات الكبيرة ، واختلال التوازن بين القوى الاقتصادية ، مهد للمذاهب الاشتراكية سبيل الانتشار ، فقامت هذه المذاهب معارضة للمذاهب الفردية ، وكان من ذلك أن انتكص مبدأ سلطان الإرادة ، وجعل خصومه يعمنون في نقده ، حتى قام أخيراً فريق من المعتدلين يضعون الأمور في حدودها المعقولة .

فنحن نتبع في بحثنا هذه المراحل الأربع ، فنرى كيف نشأ هذا المذهب ، وما بلغ إليه من المدى عند بلوغه ذروته ، وكيف رجع القهقري بعد ذلك ، ثم كيف وضع الأمر في نصابه المعقول . ولا نزعج بذكر هذه المراحل أنها تحققت عملاً في التاريخ ، وإلا فإن سلطان الإرادة الكامل لم يتحقق في أية مرحلة منها على النحو الذي يصفه أنصار المبدأ المتطرفون . وإنما نغنى أن هناك تطوراً في منحي التفكير الاجتماعي نقسمه إلى مراحل توخياً للإيضاح في بسط هذه الآراء . ونحن في ذلك لا نؤرخ وقائع اجتماعية ، بل نتبع تطور نظريات ومذاهب .

٤٢- كيف نشأ مذهب سلطان الإرادة: لم يعترف القانون الروماني في أي

عصر من عصوره بمذهب سلطان الإرادة كاملاً . بدأت العقود فيه تكون شكلية تحوطها أوضاع معينة من حركات وإشارات وألفاظ وكتابة . أما مجرد توافق إرادتين (nudum pactum) فلا يكون عقداً ولا يولد التزاماً . فكان المدين يلتزم لا لسبب سوى أنه استوفى الأشكال المرسومة ، ويكون التزامة صحيحاً . لو كان السبب الحقيقي الذي من أجله التزم لم يوجد أو لم يتحقق أو كان غير مشروع أو كان مخالفاً للآداب . فالعقد الشكلي كان عقداً مجرداً صحته تستمد من شكله لا من موضوعه . ولكن الحضارة الرومانية ما لبثت أن تطورت وتعمقت سبل الحياة . فكان من ذلك توزيع العمل ، والحاجة إلى كثرة التبادل ، ووجوب السرعة في المعاملات . واقترن هذا كله بتقدم في التفكير القانوني أدى إلى التمييز بين الشكل والإرادة في العقد وإعطاء الإرادة قسطاً من الأثر القانوني . ودعا هذا إلى اعتبار الاتفاق موجوداً بمجرد توافق الإرادتين ، والشكل ليس إلا سبباً قانونياً (causa civilis) للالتزام قد توجد أسباب غيره . ومن ثم ظهر إلى جانب العقود الشكلية العقود العينية والعقود الرضائية والعقود غير المسماة . وانتصر مبدأ سلطان الإرادة في دائرة العقود الرضائية . وانتصر بعد ذلك في بعض عقود أخرى عرفت بالعقود البريطورية (pactes prétoires) والعقود الشرعية (pactes légitimes) . ولكن القانون الروماني لم يقرر في أية مرحلة من مراحل مبدأ سلطان الإرادة في العقود بوجه عام . بل ظلت الأوضاع بعد أن تهذبت هي التي تخلق العقد بقدر اختلاف قوة وضعفاً بحسب تطور القانون واتساع نطاق التبادل والمعاملات .

وبقي العقد اللفظي (*contrat verbal*) إلى آخر عهود القانون الروماني هو القالب الذي يصبون فيه ماتبدو الحاجة إليه من الاتفاقات غير المعروفة حتى تصبح ملزمة .

أما في العصور الوسطى فلم تنقطع الشكلية وتستقل الإرادة بتكوين العقد إلا تدرجاً . وقد استمرت الشكلية في أوضاعها السابقة الذكر إلى نهاية القرن الثاني عشر . ثم أخذت تتحور ، وكانت متجهة إلى التناقص . وأخذت الإرادة يتقوى أثرها في تكوين العقد شيئاً فشيئاً . وساعد على هذا التطور عوامل أربعة :

١ - **تأثير المبادئ الدينية وقانونه الكنسية :** فكان المتعاقد إذا قسم على احترام عقده ، ولو لم يفرغه في شكل مخصوص ، عد الخس باليمين خطيئة يعاقب عليها . بل كان مجرد عدم الوفاء بالوعد خطيئة دينية . وسهل الانتقال من فكرة العقوبة إلى فكرة الإلزام المدني حتى أصبح مجرد الاتفاق يجوز تنفيذه بدعوى (*actio ex nudo pacto*) أمام المحاكم الكنسية .

٢ - **إحياء القانون الروماني والتأثير به :** ونحن نعلم أن القانون الروماني كان قد وصل في تطوره من حيث استقلال الإرادة إلى حد كبير بمختلف عقود المازمة . وتوسعوا في تفسير تلك الروح ، وفهموا خطأ أن القانون الروماني يقرر مبدأ سلطان الإرادة . فساعد ذلك على قبول هذا المبدأ . وأصبحت القاعدة في القانون الفرنسي القديم هي ما كان استثناء في القانون الروماني .

٣ - **العوامل الاقتصادية :** بعد أن زاد النشاط التجاري وقويت حركة التعامل اقتضي الأمر إزالة ما يعوق المبادلات التجارية من الأوضاع والأشكال . فكانت المحاكم التجارية الإيطالية في القرن الرابع عشر تقضي طبقاً لقواعد العدالة . والعدالة لا تميز بين العقد الشكلي ومجرد الاتفاق من حيث الإلزام .

٤ - **العوامل السياسية :** وكان ذلك بطريق التدرج في بسط نفوذ الدولة ، وتدخلها شيئاً فشيئاً في الروابط القانونية بين الأفراد ، والأخذ في حماية العقود التي تتم بمجرد الاتفاق . وكان من شأن ذلك أن هجرت الأوضاع القديمة ،

وحل محلها أشكال أخرى أقل إغراقاً في الفطرية والسذاجة .
وما جاء القرن السابع عشر حتى أصبح مبدأ سلطان الإرادة ثابتاً مقررأ .
وما كاد أثر الدين يضعف حتى حل محله ما انتشر من نظريات اقتصادية وفلسفية
وسياسية ، وكلها مشبعة بروح الفردية ، وقد بلغت أوجها في القرن الثامن عشر ،
وهي تشيد بوجود قانون طبيعي مبنى على حرية الفرد ووجوب استقلال إرادته
وتسيير هذه الإرادة لكل ما في الحياة من نظم اقتصادية واجتماعية . وقد قام
الفيزيوقراطيون (physiocrates) بتادون بالحرية الاقتصادية قانوناً طبيعياً ،
وبذهبون إلى أنه لو تركت الناس أحراراً في نشاطهم الاقتصادي وفتحت
أبواب المنافسة بينهم ، فلا تلبث الأمور أن تستقر ، وتتحدد الأسعار من طريق
المنافسة والعرض والطلب ، لا من طريق تحكيمي يملبه المشرع . ومعنى هذا أن
الإرادة وحدها هي التي يجب أن تسيطر في الميدان الاقتصادي ، وأن العقود
لا تخضع في تكوينها وفي الآثار التي تترتب عليها إلا لإرادة المتعاقدين . وصحب
هذه النظريات الاقتصادية نظريات فلسفية وسياسية حمل لواءها روسو
(Rousseau) في كتابه المعروف بالعقد الاجتماعي (contrat social) ، فكانت
حرية الفرد واستقلال إرادته هي المحور الذي يدور عليه تفكير ذلك
العصر . وقد تلقت الثورة الفرنسية هذه النظريات وقامت عليها ، وسلمتها إلى
المشرعين في أوائل القرن التاسع عشر ، فوضع قانون نابليون على أساس تقديس
حرية الفرد والإمعان في احترام إرادته .

٤٣ - مدى ما وصل إليه مبدأ سلطان الإرادة : استقر هذا المبدأ
وصار دعامة تبنى عليها النظريات القانونية . وهو بعد أن تمثي في المنطق
القانوني أصبح يشتمل على أصليين : (أولاً) كل الالتزامات ، بل كل النظم القانونية ،
ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة . (ثانياً) لا تقتصر الإرادة على أن تكون
مصدر الالتزامات ، بل هي أيضاً المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات
من آثار .

فالإرادة الحرة هي التي تهيمن على جميع مصادر الالتزام . وهذه الإرادة
تتجلى قوية في العقد . فالمتعاقدان لا يلتزمان إلا بإرادتهما . ولا يلتزم أحد
بعقد لم يكن طرفاً فيه ، كما لا يكسب أحد حقاً من عقد لم يشترك فيه .

نظرية الاسترطاط لمصلحة الغير فتبدو ضيقة محدودة في قانون نابليون ، ولم يحصل التوسع فيها إلا في العهد الأخير . فلعقد إذن يرتكز على الإرادة ، بل هو يتمحض إرادة خالصة إذا قلنا إن إرادة المدين وحدها هي التي تلزمه . وسنرى ذلك عند الكلام في الإرادة المنفردة . وشبه العقد مبني على إرادة مفروضة . والجريمة وشبه الجريمة مردحما إلى الإرادة الحرة . والقانون نفسه إذا رتب التزامات فإنما هو يفترض في ترتيبها أن الملتزم ارتضاها في ذمته التزاماً .

وليس سلطان الإرادة مقصوراً على توليد الالتزامات وحدها ، بل أيضاً يولد كل الحقوق الأخرى . فالملكية مبنية على حرية الإرادة ، بل هي الحرية في مظهرها الملموس المادي . وحقوق الأسرة مبنية على عقد الزواج أي على الإرادة . والميراث مبني على وصية مفروضة . وطرق التنفيذ الإجباري ذاتها ترتكز على الإرادة الحرة ، فهي طرق وإن كانت إجبارية قد ارتضاها المدين وقت الاستدانة . بل العقوبة الجنائية لأمير لمشروعيتها إلا في الإرادة ، فالجرم الذي خرج على المجتمع قد ارتضي مقدماً أن يناله الجزاء . ذلك لأن القانون هو إلا وليد الإرادة ارتضاها الناس بأنفسهم أو بممثلهم واختاروا الخضوع لسلطانه ، والمجتمع البشري ذاته ، أليست دعامة هذا العقد الاجتماعي الذي نادى به روسو ومن قبله من الفلاسفة والمفكرين !

لذا كما أن منشأ الالتزامات يرجع للإرادة الحرة ، كذلك الأثر الذي يترتب علي الالتزام ، فهو خاضع للإرادة أيضاً . ولهذا الأصل ناحيتان :

الناحية الأولى أن كل ما ارتضاها الملتزم ديناً في ذمته يكون صحيحاً وينتج أثره لأن التزامه إنما بني على إرادته . فلا يصح أن نقيد من أثر العقد بدعوى أن هناك غبناً لحق أحد المتعاقدين مادام قد ارتضي هذا الغبن . والعامل الذي يتعاقد مع رب العمل حرّاً مختاراً يجب عليه أن ينفذ ما التزم به ، ولا يحتج بأن الشروط التي ارتضاها جائرة . وليس المهم في العقد أن يكون هناك تعادل بين الشئتين المتبادلين ، بل يكفي أن يكون التعادل بين الشخصين المتعاقدين وقد توفر كل منهما على حريته وإرادته المستقلة . والأصل في الإنسان الحرية واستقلال الإرادة ، ولا يكون الأمر غير ذلك إلا في حدود رسمها القانون ، كأن يكون المتعاقد قاصراً في السن أو في العقل ، أو يكون ضحية غلط أو إكراه أو غش . أما في غير هذه الحدود فالإنسان حر مستقل في إرادته ، فإذا التزم بشيء كان العمل أن يقوم بما التزم

به . أما ما يقال عن التضامن الاجتماعي والتعسف في استعمال الحقوق وقواعد العدالة والنظام العام ، فهذه الأشياء لا ينبغي أن تفرق في التحديد من سلطان الإرادة . وإذا كانت قواعد العدالة والنظام العام تعني بشيء ، فلا أحق بعنايتها من سلطان الإرادة والتسليم بأثره كاملاً في تفسير العقد وترتيب نتائجه القانونية .
والناحية الثانية من هذا الأصل أن العقد ، وقد تم بتوافق إرادتين مستقلتين ، لا يجوز تعديله إلا بتوافق هاتين الإرادتين . فلا يستقل أحد من المتعاقدين بتعديله ، ولا يجوز للقاضي نفسه بدعوى اتباع قواعد العدالة أن يعدل فيه أو أن يضيف إليه ما ليس منه .

٤٤ - انتطاص مبدأ سلطان الإرادة (نغم المبرأ) : إذا أرجعنا

انتصار مبدأ سلطان الإرادة إلى عوامل اقتصادية ، وهي العوامل التي أدت إلى انتشار روح الفردية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر ، فهذه العوامل ذاتها بعد أن تطورت ، وقامت الصناعات الكبيرة ، وتأسست الشركات الضخمة ، ونظمت طوائف العمال على أثر اختلال التوازن بين القوات الاقتصادية ، مما أدى إلى انتشار روح الاشتراكية وقيامها في وجه المذاهب الفردية ، هذه العوامل كما قلنا كان من شأنها أن تنتقص من سلطان الإرادة . فيكون هذا المبدأ قد قام على أساس اقتصادي ، وانتكس متأثراً بعوامل اقتصادية .

ويتولى خصوم المبدأ تنفيذ النتائج التي وصل إليها أنصاره . فيقولون إن جعل الإرادة مصدراً لكل الحقوق فيه إغراق في نواح ووهم في نواح أخرى . فالالتزامات التعاقدية ذاتها وهي مبنية على توافق إرادتين لا تستند إلى محض الإرادة الداخلية ، والمتعاقد لا يتقيد بتعاquده لأنه أراد ذلك فحسب ، بل هناك اعتبارات اجتماعية ترجع للثبات والاستقرار الواجب توافرها في المعاملات والثقة التي يولدها التعاقد في نفوس المتعاقدين ، وهي التي تستند إليها قوة الإلزام في العقود . وقد لا يتم اتحاد حقيقي بين الإرادتين عند التعاقد ، ومع ذلك فانحادهما حكماً يكفي مادام التعاقد قد ولد ثقة مشروعة يترتب على الإخلال بها ضرر . وما العقد إلا نظام من النظم الاجتماعية يراد به تحقيق التضامن الاجتماعي وتوجيه الإرادة في هذا السبيل ، وليس الغرض منه تحقيق ما للإرادة من سلطان . وهناك نظرية ألمانية لا تحفل بالإرادة الباطنة ولا تجعل لها سلطاناً ، بل تنظر إلى الإرادة

الظاهرة لأنها وحدها الشيء المحسوس كحقيقة اجتماعية ، وهي التي يؤبره لها لأنها تولد الثقة المشروعة .

أما إسناد مصادر الالتزام الأخرى إلى لإرادة فحلجة فيه أوهي . وقد تبين أن ما يسمي بشبه العقد لا يشبه العقد في شيء من حيث استنده إلى الإرادة . كما أن الجريمة وشبه الجريمة إنما يتولد الالتزام فيهما من القانون ، وهو التزام يترتب على عكس مقتضي إرادة من صدر منه العمل غير المشروع ، فإن هذا لم يرد أن يلتزم بعمله ، بل أراد لتقيض من ذلك ، فيلزمه القانون رعماً عن إرادته ، فأين نحن هنا من سلطان الإرادة ! ولقد كانت نظرية سلطان الإرادة عائقاً يحول دون الأخذ بمسؤولية الجنون والطفل والأخذ بالمسؤولية المادية ، وهذه مذاهب تطورت إليها الشرائع الحديثة ، وفي الأخذ بها إلى مدى معين إرضاء للعادلة . ومطابقة لأسباب الاستقرار ، وسير في طريق التقدم .

وإذا تركنا الالتزامات جانباً ونظرنا إلى الحقوق الأخرى التي يزعمون أن مصدرها الإرادة ، رأينا أن وهم الثائلين بهذا الرأي هنا أيضاً يتجسم . فالملكية ليست إرادة المالك . بل إن هذه الإرادة يرد عليها قيود متعددة ترجع إلى التضامن الاجتماعي . وبخاصة ما يتصل منه بمراعاة حسن الجوار . وليس الميراث مبنياً على وصية مفترضة . بل الواقع من الأمر أن الميراث سق الوصية في التطور التاريخي ، وأساسه اشتراك الأسرة في ملكية الأموال . أرايت لو كان المورث طفلاً أو مجنوناً أكان يصح الزعم بأن ميراثه وصية مفترضة وهو لا يستطيع أن يترك وصية صريحة ! كذلك روابط الأسرة لم ينظمها عقد الزواج . فإن هذا العقد إنما وضع الزوجين في مركز قانوني نظمه المشرع نفسه طبقاً لصالح المجتمع وصالح الأسرة . ولا دخل لإرادة الزوجين في ذلك . أما القول بأن المحرم قد ارتضي توقيع العقوبة عليه فهو قول أقرب إلى التهكم منه إلى الحقيقة . وإلا فأى مجرم رأى في العقوبة جزاء ارتضاه لنفسه ! إنما العقوبة ترجع في مشروعيتها إلى اعتبارات اجتماعية لا دخل لإرادة المحرم فيها .

٤٥ - وضع الأمور في نصابها - إلى أي مد تسيطر الإرادة

على العقود : تبين من نقد مبدأ سلطان الإرادة أن الخطأ الذي وقع فيه أنصار هذا المبدأ هو اتخاذه مبدأ مطلقاً في كل نواحي القانون . وهذه المبالغة كانت

سبباً في مبالغة تعارضها ، وقام خصوم المبدأ هم أيضاً يقولون بنبذه مرة واحدة . وبين الإمعان في إطلاق المبدأ إلى أوسع مدى والمبالغة في رده إلى أضيق الحدود ، وجد المعتدلون مجالاً لوضع الأمور في نصابها الصحيح .

ونحن إذا توخينا الاعتدال وجانبنا التطرف ، تبين أن الإرادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام . فالروابط الاجتماعية التي تخضع لهذا القانون إنما تحددها المصلحة العامة لا إرادة الفرد . أما العقد الاجتماعي المزعوم فقد أصبح نظرية عتيقة مهجورة .

وإذا انتقلنا إلى دائرة القانون الخاص ، فما يتعلق منها بالأسرة لا مجال للإرادة فيه إلا بقدر محدود . فعقد الزواج ، وهو الأساس الذي ترتكز عليه الأسرة ، مصدره إرادة المتعاقدين ، ولكن الآثار التي تترتب على العقد ليست خاضعة للإرادة ، بل ينظمها القانون طبقاً لمصلحة الأسرة والمجتمع . وكذلك بقية روابط الأسرة لأشأن للإرادة فيها .

وما يتعلق من دائرة القانون الخاص بالأموال نرى الإرادة تنشط فيها تدرجاً . وهي في الحقوق العينية أضعف نشاطاً منها في الحقوق الشخصية . فإن الحقوق العينية ، وإن كانت الإرادة مصدرها أكثر منها ، حقوق محصورة لا تستطيع الإرادة أن تخلق شيئاً جديداً فيها . ثم إن آثار هذه الحقوق لا تخضع لإرادة الأفراد إلا نادراً ، بل إن القانون هو الذي يتولى في الغالب تحديد مداها . ولكن الإرادة في الحقوق الشخصية لها مجال واسع ، فهي مصدر لكثير من هذه الحقوق ، وهي التي ترتب آثارها . ومع ذلك لا نريد أن نبالغ في أهمية الإرادة حتى في الحقوق الشخصية . فإنها إذا كانت من أهم المصادر لهذه الحقوق ، فذلك لا يمنع من أن يوجد بجانبها مصادر أخرى قد تعدلها في الأهمية كالعمل غير المشروع ، أو تقرب منها كالإثراء بلا سبب .

وإذا خلاصنا إلى الالتزامات التعاقدية وجدنا الإرادة تجول في هذا الميدان أوسع ما تكون خطي وأبعد ما تكون مدى . ولكن حتى في هذا الميدان ، إذا نظرنا إلى الإرادة من حيث إنها ترتب أحكام الالتزامات التعاقدية ، وجدنا أنها محدودة في ذلك بقيود النظام العام والآداب . بل إن إرادة الفرد - حتى في داخل هذه القيود - يضعف أثرها في بعض العقود التي تضع نظاماً ثابتاً للطوائف والجماعات . كما في الجمعيات والشركات والنقابات ، فهذه تنظمها

الجماعة التي تنتمي إليها ولا تعتمد في تنظيمها بإرادة كل فرد من أفرادها. وهناك عقود الجماعة (contrats collectifs)، كعقد العمل الجامع (contrat collectif du travail)، وصالح أغاية لثلاثين مع المفلس، تترى فيها الأقلية تخضع لإرادة الأغلبية. كذلك توجد عقود على حرية الإرادة ترجع لاحتلال التوازن بين القوى الاقتصادية وانسداد القانون للجانب الضعيف، كما تترى في تشريع العمال وفق عقود الإذعان ودم نظرية الاستغلال وهي نظرية تتوسع تدريجاً في الترانين الحديثة حتى تتناول كل الأفراد. ثم إن الإرادة وهي في دائرة كل هذه القيود لا تزال حاضرة أيضاً لشكلية تطالبها بعض العقود حماية للمتعاقدين الذي يقدم على أمر خطير كما في الحبة والرخس الرثمي. وهي تخضع كذلك لتواعد الشهر حماية للغير حسن النية. وتخضع أحياناً لقواعد الإثبات وهي قواعد من شأنها أن تقيد سلطان الإرادة من الجانب المادية.

هذه هي الحدود التي يرسها القانون في الوقت الحاضر مبدئاً لسلطان الإرادة. فهو يمتد من المبدأ ولكن يحصره في دائرة معقولة. تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والديمقراطية.

٢ - تقسيم العقود

٤٦ - تقسيمات مختصة ذكر القانون المدني الفرنسي بعض تقسيمات العقود في غير استقصاء. والتقسيم أقرب إلى عمل النقيض منه إلى عمل المبرر. لم يعرف القانون المدني المصري، لا القدم ولا الجديد (١). كذلك لم يعرف القانون الجزائري، لا القديم ولا الجديد (٢). ويمكن صميم العقد عدة تقسيمات إذا نظر إليه من وجهات مختلفة. فاعتماداً من حيث التكوين إما أن يكون عقداً رضائياً (contrat consensuel) أو عقداً شكلياً (contrat solennel) أو عقداً عينياً (contrat réel).

(١) ونرى في المذكرة الإيضاحية لمشروع التقييد في هذا الصدد ما يأتي: « وقد وجدنا في مشروع القوانين نصاً في المادة ١٠٩ من القانون المدني الذي يوجب أن تكون العقود التي يبررها القانون في شكل معين، وأن تكون هذه العقود منسوبة إلى الأشخاص الذين يوجب القانون أن تكون في شكل معين. »

وهو من حيث الموضوع إما أن يكون عقداً مسمى (contrat nommé) أو عقداً غير مسمى (contrat innommé). وإما أن يكون عقداً بسيطاً (contrat simple) أو عقداً مختلطاً (contrat mixte). وهو من حيث الأثر إما أن يكون عقداً ملزماً للجانبين (contrat synallagmatique, bilatéral) أو عقداً ملزماً لجانب واحد (contrat unilatéral). وإما أن يكون عقد معاوضة (contrat à titre onéreux) أو عقد تبرع (contrat à titre gratuit). وهو من حيث الطبيعة إما أن يكون عقداً محدداً (contrat commutatif) أو عقداً احتمالياً (contrat aléatoire). وإما أن يكون عقداً فورياً (contrat instantané) أو عقداً زمنياً (contrat successif).

١ - العقد الرضائي والعقد الشكلي والعقد العيني

٤٧ - **العقد الرضائي** : هو ما يكفي في انعقاده تراضي المتعاقدين ، أى اقتران الإيجاب بالقبول . فالتراضي وحده هو الذى يكون العقد . وأكثر العقود في القانون الحديث رضائية ، كالتبعية والإيجار . وقد تقدم أن القانون لم يبلغ هذه القاعدة طرفة ، بل تطور إليها تدرجاً . ولا يمنع العقد من أن يكون رضائياً أن يشترط في إثباته شكل مخصوص . إذ يجب التمييز بين وجود العقد وطريقة إثباته . فإدام يكفي في وجود العقد رضاء المتعاقدين فالعقد رضائي ، حتى لو اشترط القانون لإثباته كتابة أو نحوها . والفائدة العملية من هذا التمييز أن الكتابة إذا كانت لازمة للإثبات (ad probationem) فإن العقد غير المكتوب يجوز إثباته بالإقرار أو اليمين . أما إذا كانت الكتابة ركناً شكلياً في العقد (ad solennitatem) فإن العقد غير المكتوب يكون غير موجود حتى مع الإقرار أو اليمين .

٤٨ - **العقد الشكلي** : هو ما لا يتم بمجرد تراضي المتعاقدين ، بل يجب لتمامه فوق ذلك اتباع شكل مخصوص بعينه القانون . وأكثر ما يكون هذا الشكل ورقة رسمية يدون فيها العقد . ولم يبق في القانون الحديث إلا عدد قليل

من العقود الشكلية : الغرض من استبقاء شكليتها هو في الغالب تنبيه المتعاقدين إلى خطر مايقدمون عليه من تعاقده . كما في الهبة والرهن (١) .

(١) وقد يكون العقد وصائياً في أصله فيتمتع المتعاقدين على أن يكون شكلياً ، أي أن الشكلية تكون واجبة فانفق المتعاقدين لا يخضعون . مثل ذلك أن ينقضي التعاقدان ، بمقتضى عقد ابتدائي . أن يكون التعاقد الهائي بالكتابة . أو بمقتضى شرط في عقد الإيجار أن التنبيه بالإخلاء يكون بالكتابة . فيكون الكتابة في مثل هذه الحالات ركناً شكلياً لا يتم العمل القانوني إلا باستيفائه . وقد يقصد المتعاقدان من شرط الكتابة أن تكون للاثبات لا لتكون العمل القانوني . وإذا تم شك في تفسير قصد المتعاقدين هل الكتابة ركن سكتي أو هي الطريق للاثبات ، فالمضاه في مصر وفرنسا ينس من ظروف الواقع قريبة على ترجيح أحد الطرفين ، وإذا لم توجد قريبة مرجحة كان المفروض أن المتعاقدين اشتراطاً الكتابة للثبات لا للاعتماد لأن الأصل في العقود أن تكون وصائية . أنظر في هذا للمعنى محكمة الاستئناف الوطنية في ٢١ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١٠٥ — محكمة الاستئناف المختلطة في ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩١ — ولكن القضاء المصري لم يستفرغ هذا المبدأ وسيبتين ذلك فيما يلي — أنظر أيضاً في هذا للمعنى محكمة النقض الفرنسية في ٢٦ يولية سنة ١٩٠١ سيرة ١٩٠٤ — ١ — ٢٨٣ — وحكم آخر في ١٤ مايو سنة ١٩١٢ دالموز ١٩١٣ — ١ — ٢٨١ مع تعليق للمعنى Valéry .

وقد كان المشروع التمهيدي يشمل على نص في هذه المادة يرجح أن تكون الكتابة للاعتماد لا للاثبات ، فكانت المادة ١٤٩ من هذا المشروع تنص على أنه : إذا اتفق المتعاقدان على أن يتوفى العقد شرطاً خاصاً بشرطة القانون . المفروض عدم الثبات فيها لم يقصد أن يلزمها إلا من الوقت الذي يتوفى فيه العقد الشكل ينقضي عليه . . وقد جرى المشروع في ذلك على نهج كبير من تنقيحات الحربة (قانون الألماني م ١٢٥ وم ١٥٥ فقرة ٢ — قانون الالتزامات والسويزي م ١٦ — القانون البولوني م ١٠٩) . وجاء في المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « إذا اتفق المتعاقدان على وجوب استيفاء شكل معين ، سواء أكان ذلك بمقتضى عقد تمهيدي أم كان بمقتضى شرط معين في عقد أصلي — كما هو الشأن في اشتراط الكتابة في التنبيه بالإخلاء في عقود الإيجار — فيفرض أن يتبناها قد انصرفت إلى ترتيب بطلان على عدم مراعاة هذا الشكل . وهذه هي دلالة القرينة التي تقيها المادة ١٤٩ من المشروع . على أن الأمر لا يبدو مجرد قرينة بسيطة ، يجوز إسقاط حكمها بآليات العكس (التقنين الألماني تعليقات ج ١ ص ١٣٦) . وقد ذهب القضاء المصري إلى أنه إذا أريد تعديل عقد تم بالكتابة تعديلاً يعطى على تكليف جديد ، فيستلزم أن يتفق ذوو الشأن على ذلك كتابة عن يده منهم (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٥٧ ص ٢٦٣) . أما فيما يتعلق بالشكل الذي يتفق عليه المتعاقدان فلم يستقر القضاء على رأي بشأن دلالة الاتفاق عند ذلك . فمن يستلزم تعديل الشكل في هذه الحالة بطلان العقد ، أم يعتبر الشكل مشروطاً لتهتية طريق للاثبات حسب ما قضت محكمة الاستئناف المختصة أنه لا يجوز الاستدلال أن يتسك بحضور الاتفاق بين المتعاقدين لتأدي من ذلك إلى المطالبة

وقد تقدمت الإشارة إلى أن العقود بدأت تكون شكلية في القديم ، وتطورت بعد ذلك إلى أن صار أكثرها رضائياً والقليل هو الشكلي . وتختلف الشكلية الحديثة عن الشكلية القديمة في أنها أكثر مرونة . وتختلف عنها أيضاً ، وبوجه خاص ، في أنها لا تكفي وحدها في تكوين العقد . فالشكلية الحديثة ، إذا كانت لازمة ، فهي ليست بكافية ، بل لابد أن تقرن بإرادة المتعاقدين . فالإرادة هي التي يقع عليها الشكل . أما الشكلية القديمة فكانت وحدها هي التي تكون العقد ، لذلك كان لا يجوز النطق فيها بالغلط أو التدليس أو الإكراه أو غير ذلك من الدفع الموضوعية . فالشكلي إذن كان هو العقد لا الإرادة (١) .

= بالسمة المتفق عليها إذا كان البيع قد عنق على شروط عدة وأرجأ المتعاقدان ارتباطهما النهائي إلى وقت التوقيع على عقد يحرره محاموهما ما دام أن التوقيع لم يحصل (١٤ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٨٠) . وعلى هذا النحو اعتبرت المحكمة أن إغفال الشكل الذي اتفق عليه يستتبع البطلان دون أن ينص صراحة على ذلك . على أن هذه المحكمة نفسها قد حكمت في قضية أخرى بأن العقود الرضائية تتم بمجرد التراضي ما لم يكن المتعاقدان قد اتفقا على التعاقد بمقد رسمي مع النص صراحة على انصراف نيتها إلى تعليق الارتباط على إتمام العقد من طريق التوقيع عليه أمام موثق العقود (١٨ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩١) . وبلوح أن المحكمة قد جنحت في هذا الحكم الأخير لاشتراط الاتفاق صراحة على أن إغفال الشكل المتفق عليه يستتبع البطلان . ومن المحقق أن النص الذي اختاره المشروع في المادة ١٤٩ من شأنه أن يضع حداً لتعدد القضاء في هذا الصدد . ولكن المادة ١٤٩ من المشروع التهديد عندما تلت في لجنة المراجعة اقترح حذفها لإمكان الاستغناء عنها ، فوافقت اللجنة على ذلك . ومن ثم حذف هذا النص في المشروع النهائي (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٣ - ٧٤ في الهامش) . وقد كان من الخير إبقاء النص حتى يضع حداً لتعدد القضاء على ما نقول المذكورة الإيضاحية . أما وقد حذف ، فلا مناص من الرجوع إلى القواعد العامة . ولما كان الأصل في العقد أن يكون رضائياً ، فالأولى عند الشك أن تكون الكتابة للاثبات لا للنقذ . والراجع في القضاء المصري والفرنسي يؤيد هذا الرأي كما قدما .

(١) وبلا حظ أن كل عقد شكلي يكون التوكيل في عمله شكلياً أيضاً (م ٧٠٠ من القانون المدني الجديد) ، وكذلك الوعد بإبرام عقد شكلي يكون شكلياً (م ١٠١ فقرة ٢) ، وإجازه العقود الشكلية تكون شكلية مثلها . ويستوفى الشكل أيضاً فيما يدخل على العقد الشكلي من تعديل لا فيما يضاف إليه من شروط تكيلية أو تفصيلية لا تتعارض مع ما جاء فيه .

وقد كان المشروع التهديد يشتمل على نص يورد بعض هذه الأحكام ، فكانت المادة ١٤٨ من هذا المشروع تنص على ما يأتي :

١٥ - إذا فرض القانون شكلاً معيناً لعقد من العقود ، فلا يكون العقد صحيحاً إلا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك . =

٤٩ — العقد العيني : هو عقد لا يتم بمجرد التراضي ، بل يجب تمام العقد فوق ذلك تسليم العين محل التعاقد . ولا يكاد يوجد في القانون المدني الجديد

== « ٢٠ — إذا قرر القانون للعقد شكلا معيناً ، فيجب استيفاء هذا الشكل أيضا فيما يدخل على العقد من تعديل ، لا فيما يضاف إليه من شروط تكميلية أو تفصيلية لا تتعارض مع ما جاء فيه . » وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يقضى التقنين الألماني (المادة ١٢٥) والتقنين السويسري (المادتان ١١ ، ١٢ من قانون الالتزامات) والتقنين البرازيلي (المادة ١٣٠) بأن عدم استيفاء عقد من العقود للشكل الذي يفرضه القانون له بنتج الطلأ أصلا ، ما لم ينص على خلاف ذلك . وقد أثر المشروع اتباع هذا المذهب مخالفا مذهب التقنين البولوني (المادة ١١٠) في هذا الشأن . فإذا تطلب القانون شكلا خاصا وأطلق الحكم بغير تعقيب . فمن الطبيعي أن يكون استيفاء هذا الشكل شرطا لوجود العقد . أما إذا كان الشكل قد فرس لهية طريق الإنابة فحسب . فمن واجب القانون أن ينص صراحة على ذلك . وكل تعديل يدخل على عقد لا يتم إلا بالكتابة يعتبر باطلا إذا لم يشترط فيه هذا الشرط ، إلا أن يكون القانون قد قضى بغير ذلك . وبالحفاظ أن معنى التعديل يتحقق في الشروط التي تتعارض مع مضمون العقد الأول ، لا في الشروط التفصيلية أو التكميلية التي لا تنطوي على مثل هذا التعارض . فالإبقاء على ترميم منزل بيع بمقتضى عقد تم بالكتابة ليس إلا شرطا تفصيليا لا ضرورة للكتابة فيه . ويختلف عن ذلك حكم ما يضاف إلى التعاقد الأول من شروط أو نصوص جديدة (ديك ومورلا : تعليقات على تقنين الالتزامات السويسري ج ١ المادة ١٢ نبذة ٤ و ٥) ... وقد ذهب القضاء المصري إلى أنه إذا أريد تعديل عقد تم بالكتابة تعديلًا يطرأ على تكميل جديد ، فيشترط أن يقع ذوو الشأن على ذلك كتابة عن بينة منهم (استئناف محتاط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٣) . « وعندما نلت المادة ١٥٨ من المشروع التمهيدي في طعة المراجعة ، رأيت اللجنة بعد المناقشة هذه ، استنادا إلى أنه في الحالة التي يصرح فيها المشرع بالمهمة التي يريد بها الشكل الذي قررته للعقد لا تقوم أية صعوبة ، وفي الحالة التي لا يصرح فيها بذلك يترك الأمر لتقدير القاضي دون الأخذ بقرينة أخرى . (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال الحضرية ٢ ص ٧٢ — ص ٧٥ في الخامس) .

وهذا أيضا كان من الجبر إلقاء النص حتى لا يضطرب القضاء في تفسير نية المشرع في مسألة جوهرية كهذه المسألة . وقد كان النص المحذوف يتضمن قرينة قانونية على أن الشكل الذي يفرضه القانون يكون عند الشك للانعقاد لا للأنات . ومادام النص قد حذف . وزالت بحذفه هذه القرينة القانونية ، لم يبق إلا الرجوع إلى القواعد العامة في التفسير . وعندما أنه إذا عم الأمر ولم يبين القاضي — بعد أن يستنفد وسائل التفسير — ما إذا كان المشرع أراد الشكل للانعقاد أو للأنات ، فالأولى أن يكون الشكل للانعقاد لا للأنات . ولا يجوز هنا أن يقال — كما قيل في الشكل الذي يتفق عليه المتعاقدان — إن الأصل في العقد أن يكون رضائيا . فإن هذا الأصل إنما يصدق بالنسبة إلى المتعاقدين لا بالنسبة إلى المشرع . ولا يصح أن نعلم في بصر بأن المتعاقدين أرادوا خلق شكل لا يوجد العقد بسونه إلا إذا نصوا صراحة على ذلك . أما المشرع فسلطانه ==

مثل للعقد العيني إلا هبة المنقول ، فهذه قد تكون عقداً شكلياً إذا تمت بورقة رسمية ، وقد تكون عقداً عينياً إذا تمت بالقبض (م ٤٨٨ من القانون المدني الجديد) . ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان على أن العقد لا يتم إلا إذا قام أحدهما بتنفيذ شطر من التزامه . ففي عقود التأمين يشترط أحياناً ألا يتم العقد إلا بعد أن يدفع المؤمن له القسط الأول ، والشرط صحيح في هذه الحالة ، ويكون العقد عينياً ولكن العينة هنا مصدرها الاتفاق لا القانون .

أما القانون المدني القديم فكان يسير على نهج القانون الفرنسي ، ويجعل إلى جانب هبة المنقول عقوداً عينية أخرى أربعة : القرض والعارية والوديعة ورهن الحيازة . وكلا القانونين ورث عينة هذه العقود الأربعة عن القانون الروماني دون مبرر . فقد كانت هذه العينة مفهومة في القانون الروماني حيث كانت العقود في الأصل شكلية . ثم استغنى عن الشكل بالتسليم في بعض العقود ، وهذه هي العقود العينية . ولم يسلم بأن التراضي وحده كاف لانعقاد العقد إلا في عدد محصور من العقود سمي بالعقود الرضائية . أما اليوم فقد أصبح التراضي ، كقاعدة عامة ، كافياً لانعقاد العقد ، فلم يعد هناك مقتضى لأحلال التسليم محل الشكل . وقد قللت بعض التقنيات الحديثة عدد هذه العقود العينية ، فاستبقى القانون الألماني منها القرض ورهن الحيازة ، ولم يستبق قانون الالتزامات السويسري إلا رهن الحيازة وحده .

٢ - العقد المسمى والعقد غير المسمى

٥٠ - **العقد المسمى** : هو ما خصصه القانون باسم معين وتولى تنظيمه لشيوخه بين الناس في تعاملهم . والعقود المسماة في القانون الجديد إما أن تقع على الملكية ، وهي البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح ، وإما أن

= كامل في أن يخلق الشكل الذي يريد ، ومتى فرض شكلاً ، ولم يتم دليل على أنه مقرر للآليات ، فالغرض أنه مقرر لانعقاد العقد .

هذا وقد ورد في المذكرة الإيضاحية مثل على الشروط التفصيلية والشكلية التي لا تمارس مع مضمون العقد المكتوب فلا تشترط فيها الكتابة . أما الشروط التي تدخل على العقد المكتوب فتشترط الكتابة فيها ، مثلها أن يخلق الشئ والدين من كتابة عقد البيع على إلتباس الثمن أو على زيادته .

تقع على المنفعة وهي الإيجار وعارية الاستعمال . وإما أن تقع على العمل وهي المقلولة والزام المرافق العامة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة . ويضاف إلى ذلك عقود الغرر وهي المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين . ثم عقود التأمينات الشخصية والعينية وهي الكفالة والرهن الرسمي ورهن الحيازة .

ويلاحظ أن العقد المسمى ، في غير النصوص التفصيلية التي تولت تنظيمه ، يخضع للقواعد العامة التي يخضع لها سائر العقود .

٥١ - العقد غير المسمى : هو ما لم يخصه القانون باسم معين ولم يتول تنظيمه ، فيخضع في تكوينه وفي الآثار التي تترتب عليه للقواعد العامة التي تقررت لجميع العقود ، شأنه في ذلك شأن العقد المسمى . ولكنه لما كان أقل شيوعاً لم يفصل المشرع أحكامه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (١) .

(١) وقد كان المشروع التمهيدي يشير إلى ذلك ، فبنس في المادة ١٢٣ على ما يأتي : « ١ - تسرى على العقود ، المسماة منها وغير المسماة ، القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل . ٢ - أما القواعد التي يفرد بها بعض العقود المدنية فتقررها الأحكام الواردة في الفصول المفردة هنا ، وتقرر فوائن التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « أخذ هذا النص عن المادة ٩ من المشروع الفرنسي الإصالي . وليس يقصده إلى ترك يد الفقه والقضاء طليقة في تمييز أنواع أو أنماط مختلفة من العقود فحسب ، بل أريد به ، بوجه خاص ، تقرير المبدأ الأساسي الذي يقضى بأن القواعد المتعلقة بالعقود بوجه عام تسرى على العقود المسماة كالبيع والإجارة والشركة . وعني عن البيان أن بعض الأحكام الخاصة بهذه العقود قد ينطوي على استثناء من القواعد العامة . ولكن الأصل هو تطبيق القواعد العامة على العقود جميعاً ، دون تفريق بين العقود المسماة وغير المسماة ، ما لم يرد نص خاص بشأن الاستثناء » . وعندما نليت المادة ١٢٣ من المشروع التمهيدي في لجنة المراجعة اقترح حذفها لعدم الحاجة إليها ، فوافقت اللجنة على ذلك . ومن ثم أغفل المشروع النهائي هذا النص لأنه يقرر حكماً ظاهراً لا حاجة فيه إلى نص . (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١ في الهامش) .

هذا وقد كان للعقد غير المسماة في القانون الروماني شأن آخر . فقد كان هذا القانون لا يعترف — فيما خلا العقود الشكلية — إلا بعقود محصورة العدد ، بعضها رضى ، وبعضها عيني ، وأخرى اتفاقات يجعل لها قوة العقود . ومن هذه الاتفاقات عقود اعترف بها تدرجاً وبعد تطور طويل ، وهي العقود غير المسماة . وكانت عقوداً لا تتم إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الآخر . وتنقسم إلى أقسام أربعة : ١ - عقود يقوم فيها =

وتفاوتا التقنيات فيما تسميه من العقود وتفصل أحكامه . وقد كان القانون المدني القديم لا ينظم عقد التزام المرافق العامة ولا المقامرة والرهان ولا عقد التأمين ، ويقتضب اقتضاباً مخلا لتنظيم عقود المقاوله والعمل والحراسة . فعالج القانون الجديد هذه الأمور . ولا زالت هناك عقود غير مسماة صالحة لأن تنظم فتصبح عقوداً مسماة كمقد النشر وعقد التوريد وعقد الأشغال العامة وعقد الزول في الفندق .

ومن الأمثلة على العقود غير المسماة أن يتفق شخص مع آخر على أن يثبت له ميراثاً يستحقه وأن يتفق على هذا العمل في نظير جزء من هذا الميراث يأخذه إذا وفق في إثبات الإرث (contrat de révélation de succession) ، وأن يتفق شخص مع آخر على أن يبيع الأول شيئاً مملوكاً للثاني وأن يعجل له مبلغاً معيناً ومازاد من الثمن على هذا المبلغ يحتفظ به لنفسه . والعقد بين مدير المسرح والممثلين ، وبينه وبين النظارة ، واتفاق إدارة إحدى المستشفيات مع مدرسة طبية على أن يضع المستشفى تحت تصرف المدرسة بعضاً من الأسرة تستخدم للتعليم الطبي ، واتفاق التاجر مع صاحب مصرف على أن يقدم له معلومات عن الحالة المالية لتاجر آخر ، والعقد بين المصور أو الرسام مع الشخص الذي يصوره أو يرسمه ، كل هذه عقود غير مسماة (١) .

== الطرف الأول ينقل حق عيني فيتبدل في جانب الطرف الآخر التزام ينقل حق عيني كذلك (do ut des) ، مثل ذلك المقايضة . ٢ - عقود يقوم فيها أحد الطرفين بنقل حق عيني فيلتزم الطرف الآخر بعمل شيء (do ut facias) ، مثل ذلك الهبة بعوض . ٣ - عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل شيء فيلتزم الطرف الآخر بعمل شيء كذلك (facio ut facias) ، مثل ذلك أن يسم شخص حيازة شيء لآخر فيلتزم الآخر برد هذه الحيازة عند أول طلب (convention de précaire) . ٤ - عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل شيء فيلتزم الطرف الآخر بنقل حق عيني (facio ut des) ، مثل ذلك عقد المحاسبة (aestimatum) يسم فيه التاجر بضاعة لآخر فيلتزم الآخر إذا ما عاها أن يدفع ثمنها المتفق عليه وإلا رد البضاعة إلى صاحبها ، وهو عقد بدور بين البيع والعمل والوكالة .

(١) أنظر القانون ١ ص ٩٨ - ص ١٠٠ . وقد قضت محكمة استئناف مصر الرطبية بأن المقعد الذي يعطى به شخص لأحد محاسن المديرية قطعة أرض تغير بمعد مجلس المديرية بإقامة مدرسة عليها في مدة معينة يعتبر عقداً غير مسمى (٣٠ مايو سنة ١٩٣٩) المحاماة ٢٠ رقم ١٥ ص ٢٢٣) وقضت محكمة النقض بأنه إذا كان العقد مشتملاً على الترامات متبادلة ، إذا التزم أحد الطرفين أن يملك الآخر (مجلس مديرية لسيا) قطعة أرض بشرط أن يقيم عليها ==

٣ - العقد البسيط والعقد المختلط

٥٢ - العقد البسيط : هو ما اقتصر على عقد واحد ولم يكن مزيجاً من عقود متعددة . وقد يكون العقد البسيط عقداً مسمي كالبيع والإيجار . كما يكون عقداً غير مسمي كالعقد الذي توضع بمقتضاه أسرة تحت تصرف مدرسة طبية .

٥٣ - العقد المختلط : هو ما كان مزيجاً من عقود متعددة اختلطت جميعاً فأصبحت عقداً واحداً . مثل ذلك العقد بين صاحب الفندق والنازل فيه (contrat d'hôtellerie) ، فهو مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المسكن ، وبيع بالنسبة إلى المأكل ، وعمل بالنسبة إلى الخدمة . ووديعة بالنسبة إلى الأمتعة . وليس هناك من أهمية كبيرة في امتزاج عدة عقود في عقد مختلط . فإن هذا العقد إنما تطبق عليه أحكام العقود المختلفة التي يشتمل عليها . علي أنه قد يكون من المفيد في بعض الأحيان أن يؤخذ العقد المختلط كوحدة قائمة بذاتها . وذلك إذا توافرت الأحكام التي تطبق على كل عقد من العقود التي يتكون منها . ففي هذه الحالة يجب تغليب أحد هذه العقود باعتباره العنصر الأساسي . كما في عقد التليفون وهو يدور بين عقد العمل والإيجار ، فغلب القضاء المصري فيه عنصر عقد العمل ورفض دعوى استرداد الحيازة التي رفعها مشترك قطعت عنه المواصلات التليفونية (١) ، وكما في العقد الموصوف بأنه إيجار ابتداء وبيع انتهاء (location-vente) ، وهو يدور بين البيع والإيجار ، فحسم القانون الجديد (م ٤٣٠) النزاع في شأنه وجعله بيعاً .

== مؤسسة خيرية ، فإنه لا يكون عقد تبرع ، كما أنه ليس بيع ولا مبادعة ، وإنما هو عقد غير مسمي ، فلا تجب له الرسمية ، ولا يجوز الرجوع فيه ، وذلك على الرغم مما هو وارد في عقد الاتفاق من ألفاظ التنازل والهبة والتبرع ، فإن كل هذه الألفاظ إنما سبقت ليان البائع الذي حدا بصاحب الأرض إلى تمليك المجلس إياها ، فهي لا تؤثر بحال على كيان العقد وحقيقته (هنس مدني ١١ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٩ ص ١٥٣) .

(١) محكمة مصر الكلية الوطنية في ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٧ . المحاماة ٨ رقم ٢٦٠

٤ - العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد

٥٤ - **العقد الملزم للجانبين** : هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين ، كالبيع يلتزم البائع فيه بنقل ملكية المبيع في مقابل أن يلتزم المشتري بدفع الثمن . والظاهرة الجوهرية في العقد الملزم للجانبين هو هذا التقابل القائم ما بين التزامات أحد الطرفين والتزامات الطرف الآخر .

٥٥ - **العقد الملزم لجانب واحد** : هو العقد الذي لا ينشئ التزامات إلا في جانب أحد المتعاقدين فيكون مديبا غير دائن ، ويكون المتعاقد الآخر دائئا غير مدين . مثل ذلك الوديعة غير المأجورة . يلتزم بمقتضاها المودع عنده نحو المودع أن يتسلم الشيء المودع وأن يتولى حفظه وأن يردده عينا ، دون أن يلتزم المودع بشيء نحو المودع عنده .

والعقد الملزم لجانب واحد (contrat unilatéral) هو كسائر العقود لا يتم إلا بتوافق إرادتين . وهذا بخلاف العمل القانوني الصادر من جانب واحد (acte juridique unilatéral) فإنه يتم بإرادة واحدة ويكون التعبير بلفظ « جانب واحد » (unilatéral) إذا اقترن بالعقد يعتبر فيه أثر العقد لانكوينه ، وإذا اقترن بالعمل القانوني يلحظ فيه تكوين العمل القانوني لأثره .

٥٦ - **أهمية هذا التقسيم** : ولهذا التقسيم أهمية كبيرة ترجع إلى أن العقد الملزم للجانبين ينشئ التزامات متقابلة ، وهذا التقابل (interdépendance) يؤدي إلى نتائج هامة لارتباطها في العقد الملزم لجانب واحد حيث لا وجود للتقابل . ونذكر من هذه النتائج ما يأتي :

(١) في العقد الملزم للجانبين إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما في ذمته من التزام كان للمتعاقد الآخر أن يفسخ العقد . وهذا ما يسمى عادة بالشرط الفاسخ الضمني (condition résolutoire tacite, lex commissoria) ، إذ هو شرط مفهوماً في كل عقد ملزم للجانبين (أنظر المادة ١٥٧ من القانون المدني الجديد) أما في العقد الملزم لجانب واحد كالوديعة فلا محل لهذا الفسخ ، لأن المقصود منه

هو أن يتحلل الطرف الآخر من التزامه ولا التزام عليه حتى يطلب التحلل منه ،
فبقى أن يطلب تنفيذ الالتزام الثابت في ذمة الطرف الأول (١) .

(١) أصبح عقد القرض وعقد العارية وعقد رهن الحيازة ، في القانون المدني الجديد ، عقوداً ملزمة للجانبين بعد أن صارت عقوداً رصائية ، وكانت عبئية في القانون القديم كما أسلفنا الذكر . فالتسليم لم يعد ركناً في هذه العقود ، بل هو التزام في ذمة المير والمقرض والراهن . على أن هذه العقود ، حتى عندما كانت عبئية في القانون القديم ، كانت في رأينا مدممة للجانبين (أنظر نظرية العقد للمؤلف ص ١٣١ هامش رقم ١) ، إذ أن كلا من المير والمقرض والراهن كان — ولا يزال — مائزاً بترك العين في يد المتعاقد الآخر إلى الوقت الذي ينتهي به العقد . وهذا الالتزام يقابله التزام المتعاقد الآخر بالمحافظة على العين . فإذا أخل هذا بالتزامه ، جاز للمتعاقد الأول فسخ العقد واسترداد العين . وفي عقد القرض يلزم المقرض بعدم استرداد مثل ما أقرضه إلا عند نهاية العقد ، وهذا الالتزام يقابله التزام المقرض بدفع القوائد المشروطة . فإذا أخل هذا بالتزامه جاز للمقرض فسخ القرض واسترداد ما أقرض . وهذا التحليل يفسر ما انعقد عليه الإجماع من أن قاعدة الفسخ تنطبق على هذه العقود . ثم لا نكون في حاجة إلى القول مع بعض الفقهاء بأن قاعدة الفسخ تنطبق على العقود الملزمة لحانب واحد كما تنطبق على العقود الملزمة للجانبين ، ولا إلى مسابقة فقهاء آخرين في تسمية الفسخ في هذه العقود بالإسقاط (déchéance) ، بل يبقى الفسخ على طبيعته ، وتقصيره على العقود الملزمة للجانبين ، ونجعله في الوقت ذاته ينطبق على العقود التي نحن بصدها . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في الفسخ .

ونرى أن هذا التحليل لا يزال ضرورياً حتى بعد أن أصبح التسليم في هذه العقود الثلاثة التزاماً لركناً . وذلك لأن كلا من المقرض والمير والراهن إذا فسخ العقد في حالة إخلال المتعاقد الآخر بالتزامه ، فإنه لا يتحلل بذلك من الالتزام بالتسليم ، بل من الالتزام بترك الشيء إلى نهاية العقد .

وقد اعترض بعض الفقهاء على هذا الرأي (أنظر الدكتور أحمد حشمت أبوستيت ص ٥٥ — ص ٦٦ والدكتور عبد المعلي خيال هامش فقرة ٥٢) . وتحصل اعتراضاتهم فيما يأتي :

(١) أن وصف الواجب السلي المفروض على المير بترك الشيء ينتفع بالعين العارية ، وعلى الراهن بترك المرفق يستغل العين الموهونة ، بأنه التزام وصف غير صحيح ، إذ أن هذا الواجب مفروض على السكافة أيضاً .

وردنا على هذا الاعتراض هو أن الواجب السلي المفروض على المير وعلى الراهن يختلف اختلافاً جوهرياً عن الواجب السلي المفروض على السكافة . فإن السكافة لا تربطهم علاقة شخصية بالمستبر والمرفق ، فواجبهم السلي في احترام حقهما هو ذات واجبهم السلي في احترام أي حق آخر . أما المير والراهن فقد ربطتهما علاقة شخصية بالمستبر والمرفق ، والقرن نحوهما التزاماً شخصياً بعدم استرداد العين قبل نهاية العقد . والفرق واضح بين التزامهما الشخصي بعدم استرداد العين وواجبهما السلي في احترام أي حق آخر لا تربطهما بصاحبه علاقة شخصية .

(٢) في العقد الملزم للجانبين إذا لم يحم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما في ذمته من التزام كان للمتعاقد الآخر ، بدلا من أن يطلب فسخ العقد ، أن يتمتع عن تنفيذ التزامه . فإذا طواب بالتنفيذ دفع بوقفه حتى يقوم الطرف الأول بتنفيذ التزامه هو (أنظر المادة ١٦١ من القانون المدني الجديد) . وهذا مايسمونه بالدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) . أما في العقد الملزم لجانب واحد فلا محل لهذا الدفع ، لأن المتعاقد الآخر لم يتعلق في ذمته التزام حتى يطلب وقف تنفيذه .

(٣) في العقد الملزم للجانبين يطبق المبدأ القاضي بأن تحمل التبعة (risque) يكون على المتعاقد الذي استحال تنفيذ التزامه . ويتلخص هذا المبدأ في أنه إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب خارج عن إرادته فإن الالتزام ينقضي بسبب استحالة التنفيذ ، وينقضي معه الالتزام المقابل له ، فينسخ العقد من تلقاء نفسه (أنظر المادة ١٥٩ من القانون المدني الجديد) . ويكون المتعاقد الذي استحال تنفيذ التزامه قد تحمل تبعة هذه الاستحالة . أما في العقد الملزم لجانب واحد فإن الذي يتحمل التبعة هو المتعاقد الآخر لا المتعاقد الذي استحال تنفيذ التزامه . ذلك لأن هذا المتعاقد ينقضي التزامه بسبب استحالة تنفيذه ، ولا يعوض المتعاقد الآخر عن ذلك شيئا لأنه لم يتعلق في ذمته التزام مقابل يسقط بسقوط الالتزام الأول ، فيكون هو الذي تحمل التبعة .

(ب) أن تسليم العين الموقود عليها يتضمن في الوقت ذاته الالتزام بعدم العرض ، فإن هذا هو غاية التسليم . والتسليم وغايته شيء واحد ، فتجزئته إلى مجرد تسليم وإلى تعهد بعدم المطالبة أو عدم العرض تجزئة لما لا يقبل التجزئة .

وردنا على هذا الاعتراض هو أن التميز بين التسليم وعدم العرض (أو عدم المطالبة) أمر مألوف ، نراه واضحا في عقود هامة كالبيع والإيجار . ومن المعروف ألافق بين الماربة والإيجار إلا في الأجرة ، وهانحن نرى المؤجر يلزم بتسليم العين المؤجرة ويترك المستأجر ينتفع بها إلى نهاية الإيجار (في القانون القديم) . فلماذا لا يلزم المبر بتسليم العين الماربة ويترك المستعبر ينتفع بها إلى نهاية الماربة !

(ج) إذا أمكن تصور الفسخ في هذه العقود ، فلا يمكن تصور الدفع بعدم التنفيذ وتحمل التبعة .

وردنا على هذا الاعتراض هو أن هذا إنما يرجع إلى أن الدفع بعدم التنفيذ وتحمل التبعة يفترض أن التسليم لم يتم . أما هنا فالتسليم قد تم ، ولم يبق إلا التزام بترك العين إلى نهاية العقد ، يقابله التزام بالمحافظة عليها .

(٤) في العقد الملزم للجانبين يعتبر التزام أحد المتعاقدين سبباً (cause) لالتزام المتعاقد الآخر وفقاً للنظرية التقليدية في السبب ، وذلك للتقابل القائم ما بين الالتزامين . أما في العقد الملزم لجانب واحد فلا يوجد التزام مقابل يمكن اعتباره سبباً .

٥٧ - العقد الملزم للجانبين غير التام (contrat synallagma tique imparfait)

وكان القانون الروماني يعرف نوعاً من العقود هو وسط بين العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد ، وكان يسميه بالعقد الملزم للجانبين غير التام . وهو عقد ملزم في الأصل لجانب واحد ، ولكن الجانب الآخر يلتزم بعد نشوء العقد بسبب غير العقد ، وذلك كالوديعة إذا التزم المودع بتعويض ما أصاب المودع عنده من الضرر بسبب الشيء المودع أو برد المصروفات الضرورية التي أنفقت في حفظ الشيء من الهلاك .

والصحيح أن العقد الملزم للجانبين غير التام إنما هو عقد ملزم لجانب واحد . وما عسى أن ينشأ من التزام بعد ذلك في جانب الدائن لم ينشأ من العقد ، بل هو التزام مصدوره سبب آخر : العمل غير المشروع في حالة التعويض عن الضرر ، والإثراء بلا سبب في حالة رد المصروفات الضرورية . ولقد كان هذا التقسيم مفهوماً في القانون الروماني لأن العقود الملزمة للجانبين وحدها هي التي كانت تعتبر في هذا القانون عقوداً يجب توافر حسن النية في تنفيذها (de bonne foi) ، أما العقود الملزمة لجانب واحد فكانت تعتبر عقوداً أحرفية التنفيذ (de droit strict) . فكان من المفيد أن توصف العقود الملزمة لجانب واحد بأنها عقود ملزمة للجانبين ولو على نحو غير تام حتى يتيسر اشتراط حسن النية في التنفيذ . ولكن هذه الفكرة الرومانية لم تعد قائمة في القانون الحديث ، وأصبحت كل العقود - سواء كانت ملزمة للجانبين أو ملزمة لجانب واحد - يجب أن يتوافر في تنفيذها حسن النية . فلم تعد هناك فائدة في أن تنسم العقود الملزمة لجانب واحد بسمة العقود الملزمة للجانبين .

٥ - عقد المعاوضة وعقد التبرع

٥٨ - عقد المعاوضة : هو العقد الذى يأخذ فيه كل من المتعاقدين

مقابلاً لما أعطاه . فالبيع عقد معاوضة بالنسبة إلى البائع لأنه يأخذ الثمن فى مقابل إعطاء المبيع ، وبالنسبة إلى المشتري لأنه يأخذ المبيع فى مقابل إعطاء الثمن . والقرض بفائدة عقد معاوضة بالنسبة إلى المقرض ، لأنه يأخذ الفوائد فى مقابل إعطاء الشيء لأجل ، وبالنسبة إلى المقرض لأنه يأخذ الشيء لأجل فى مقابل إعطاء الفوائد . وعقد الكفالة معاوضة بالنسبة إلى الدائن المكفول . لأنه أخذ كفالة فى مقابل إعطاء الدين ، وهو بالنسبة إلى الكفيل يكون تبرعاً إذا لم يأخذ أجراً على كفالته إذ يكون قد أعطي دون أن يأخذ . ومن ذلك يتضح أن العقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة إلى أحد المتعاقدين وتبرعاً بالنسبة إلى المتعاقد الآخر ، ذلك لأن المعاوضة لا يشترط فيها أن يكون المعاوض قد أعطي المقابل للمتعاقد الآخر ، كما أن التبرع لا يشترط فيه أن يكون المتبرع قد تبرع للمتعاقد الآخر .

٥٩ - عقد التبرع : هو العقد الذى لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلاً لما

أعطاه ، ولا يعطي المتعاقد الآخر مقابلاً لما أخذه . فالعارية عقد تبرع بالنسبة إلى المعير لأنه لا يأخذ شيئاً من المستعير فى مقابل الشيء المعار ، وبالنسبة إلى المستعير لأنه لا يعطي شيئاً للمعير فى مقابل الانتفاع بالشيء المعار . وكذلك الهبة دون عوض والقرض والوديعة والوكالة ، إذا كانت هذه العقود الثلاثة دون مقابل ، كلها عقود تبرع على النحو الذى قدمناه . ومن ذلك يتبين أن العقود الملزمة للجانبين بعضها معاوضة كالإيجار ، وبعضها تبرع كالعارية . كذلك العقود الملزمة لجانب واحد بعضها تبرع كالهبة دون عوض ، وبعضها معاوضة كالكفالة إذا أخذ الكفيل أجراً من المدين .

ومن المفيد أن نميز فى عقود التبرع بين عقود التفضل والهبات . فتعقد التفضل (actes de bienfaisance) يولى المتبرع فيها المتبرع له فائدة دون أن يخرج عن ملكية ماله . فالعارية عقد تفضل لأن المعير يتبرع بمصلحة العين دون أن يخرج عن ملكيتها . والوديعة عقد تفضل لأن المودع عنده يتبرع بعمله

لا بماله . أما الهبات (actes de libéralité) فيخرج فيها المتبرع عن ملكية ماله ، كعقد الهبة يخرج فيها الواهب عن ملكية الموهوب . ويتبين من ذلك أن الهبات أشد خطورة من عقود التفضل ، ولذلك نحيط المشرع فاشترط في الهبة شكلاً خاصاً .

٦٠ — أهمية هذا التقسيم : والتمييز بين عقد التبرع — تفضلاً كان أو

هبة — وعقد المعاوضة له نتائج هامة ، نذكر منها ما يأتي :

(١) تكون مسئولية المتبرع أخف عادة من مسئولية المعاوض ، فمسئولية المودع عنده أيسر من مسئولية المستأجر . كما أن مسئولية المتبرع له أشد عادة من مسئولية المعاوض ، فمسئولية المستعير أشد من مسئولية المستأجر . فهذه العقود الثلاثة — الوديعة والإيجار والغارية — تتفاوت فيها مسئولية المتعاقدين قوة وضعفاً ، وتندرج من الضعف إلى القوة طبقاً لما إذا كان المتعاقد يتبرع كالمودع عنده ، أو يعاوض كالمستأجر ، أو يتلقى التبرع كالمستعير .

(٢) الغلط في الشخص يؤثر في عقود التبرع . وهو لا يؤثر في عقود المعاوضة إلا إذا كان شخص المتعاقد محل اعتبار ، كما في الشركة والمزاوعة .

(٣) يجوز الطعن في عقود التبرع بالدعوى البوليصة دون حاجة إلى إثبات سوء نية من تلقى التبرع . فإذا وهب المدين المعسر آخر شيئاً من ماله ، جاز للدائن الطعن في هذا التصرف ولو لم يثبت سوء نية الموهوب له . أما في عقود المعاوضة كالبيع ، فلا بد من إثبات سوء النية .

٦ — العقد المحدد والعقد الاحتمالي

٦١ — العقد المحدد : هو العقد الذي يستطيع فيه كل من المتعاقدين

أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي أخذ والقدر الذي أعطى ، حتى لو كان القدران غير متعادلين . فبيع شيء معين بثمن معين عقد محدد ، سواء كان الثمن يعادل قيمة المبيع أو لا يعادله مادامت قيمة المبيع ومقدار الثمن ممكن تحديدهما وقت البيع .

٦٢ - **العقد الاحتمالي** : هو العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي أخذ أو العدر الذي أعطي . ولا يتحدد ذلك إلا في المستقبل تبعاً لحدوث أمر غير محقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله . فالبيع بشمن هو إيراد مرتب مدى الحياة عقد احتمالي . لأن البائع وإن كان يعرف وقت البيع القدر الذي أعطي لا يستطيع أن يعرف في ذلك الوقت القدر الذي أخذ ، إذ الثمن لا يتحدد إلا بموته والموت أمر لا يعرف وقت حصوله . والمشتري أيضاً كالبائع يباشر عقداً احتمالياً . فهو يعرف القدر الذي أخذ ، ولكنه لا يعرف القدر الذي أعطي وهو الثمن الذي لا يمكن تحديده وقت البيع لما سبق بيانه . ومن العقود الاحتمالية الشائعة عقود التأمين وعقود الرهان والمقامرة (١) .

هذا وقد يظن لأول وهلة أن تقسيم العقد إلي محدد واحتمالي لا يكون إلا في عقود المعاوضة ، وليس في عقود التبرع إلا عقود محددة . ولكن الصحيح أن عقد التبرع قد يكون احتمالياً إذا كان الموهوب له لا يستطيع أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذي يأخذ ، كما إذا وهب شخص لآخر إيراداً مرتباً طول حياته .

٦٣ - **أهمية هذا التقسيم** : والتمييز بين العقد المحدد والعقد الاحتمالي له أهمية كبيرة من الناحية الاقتصادية . أما من الناحية القانونية فأهميته محدودة . ومن أهم نتائجه أمران :

(١) أساس العقود الاحتمالية هو ذلك الاحتمال (alea) في المكسب أو الخسارة . فلو اتضح أن هذا الاحتمال غير موجود في الواقع ، وإن حسبه المتعاقدان موجوداً ، فالعقد باطل ، كما إذا باع شخص منزلاً بإيراد يعطي لشخص ثالث طول حياته ، فإذا بهذا الشخص قد مات قبل وقوع البيع .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن العقد الاحتمالي هو الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين تحديد ما يحصل عليه من المنفعة وقت التعاقد . وهي لا تتحدد إلا فيما بعد تبعاً لوقوع أمر غير محقق كبيع الثمار قبل انعقادها والزرع قبل نباته بشمن جزاف . والبيع بسعر الوحدة ليس احتمالياً لأن كلا من البائع والمشتري يعلم وقت العقد ما أحسن كما يعلم ما أخذ (١٨ أبريل سنة ١٩٤٨ الحاماة ٣١ رقم ١٣٥ من ٣٦٥) .

(٢) لا يؤثر الغبن عادة في العقود الاحتمالية : لأن الأساس الذي بنيت عليه هذه العقود هو كما تقدم غبن احتمالي يتحمله أحد المتعاقدين (١) .

٧ - العقد الفوري والعقد الزمى (٢)

٦٤ - **العقد الفوري** : هو العقد الذي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه ، فيكون تنفيذه فورياً ولو تراخي التنفيذ إلى أجل أو إلى آجال متتابعة .
فبيع شيء يسلم في الحال بثمن بدفع في الحال عقد فوري ، لأن عنصر الزمن هنا معدوم ، إذ أن كلا من المبيع والثمن يسلم في الحال ، فهو عقد فوري التنفيذ .
وقد يكون البيع بثمن مؤجل ويبقى مع ذلك فورياً . ذلك لأن الزمن إذا كان قد تدخل هنا فهو عنصر عرضي لا دخل له في تحديد الثمن (٣) . فالبيع بثمن مؤجل ر عند ما يحين وقت تنفيذه ، يكون فوري التنفيذ . وليس الأجل إلا موعداً يتحدد به وقت التنفيذ ، ولا يتحدد به مقدار الثمن .

وقد يكون البيع بثمن مقسط ويبقى مع ذلك فورياً . إذ الثمن الذي بدفع أقساطاً ليس إلا ثمناً مؤجلاً إلى آجال متعددة . وليست هذه الآجال إلا عناصر عرضية في العقد لا يتحدد بها مقدار الثمن . ويكون العقد في هذه الحالة فوري التنفيذ ، جزءاً جزءاً ، عند ما يحين وقت التنفيذ لكل جزء منه .
وقد يكون الأجل الذي يضرب للتنفيذ إجبارياً ، لا اختيارياً كما في الأمثلة

(١) ومع ذلك أنظر المادة ٢١٤ من القانون اللبناني ، وقد جاء في الفقرة الأخيرة من هذه المادة أن العقود الاحتمالية ذاتها قد تكون قابلة للإبطال بسبب الغبن . ويمكن حل ذلك على أن احتمال المكسب والحسارة في جانب أحد المتعاقدين بعيد عن أي تعادل مع هذا الاحتمال في جانب المتعاقدين الآخر .

(٢) رجعنا في هذا الموضوع إلى رسالة قيمة للدكتور عبد الحمى حجازي ، عنوانها « نظرية عقد المدة - العقد المستمر والدوري التنفيذ » . القاهرة سنة ١٩٥٠ . وقد آثرنا أن نسمي « العقد الزمى » ما سماه الدكتور عبد الحمى حجازي « عقد المدة » . ولا يراد بالعقد الزمى في مستهل تطوره الفقهي . ومن الخير أن يترك للفقهاء حتى يستكمل تطوره ، فينتقل بعد ذلك إلى التقنين . وسنعود للإشارة إليه في أماكن أخرى منفردة .

(٣) وإذا كان قد روعي في الثمن المؤجل أن تضاف إليه الفوائد عن المدة التي أجل فيها ، فإن الزمن في هذه الحالة لا يتدخل إلا في تحديد الفوائد ، وهي في العادة نسبة ضئيلة من الثمن . أما في الفوائد ذاتها ، ولزمن عنصر جوهري .

المتقدمة ، ويبقى مع ذلك عنصراً عرضياً لا يتحدد به محل العقود عليه ، فيكون العقد في هذه الحالة فوري التنفيذ . مثل ذلك النجار يتفق مع العميل على أن يصنع له دولاباً . فصنع الدولاب لا بد أن يستغرق زمناً ، ولكن هذا الزمن - وهو أجل إجباري - لا يتحدد به محل العقد . والأجل الإجباري هنا كالأجل الاختياري هناك ، كلاهما عنصر عرضي لا يقاس به العقود عليه . ويكون عقد الاستصناع في المثل الذي قدمناه فوري التنفيذ عند ما يحين وقت تنفيذه ، أى بعد أن يتم صنع الدولاب .

ويتبين مما تقدم أن العقد الفوري يتحدد محله مستقلاً عن الزمن ، وأن الزمن إذا تدخل فيه فإنما يتدخل عنصراً عرضياً لا عنصراً جوهرياً ، لتحديد وقت التنفيذ لا لتحديد محل العقود عليه . ذلك أن محل العقد الفوري - أرضاً كان أو بناء أو عروصاً أو نقداً أو غير ذلك - إنما يمتد في المكان لا في الزمان ، أى أن له جرمًا إذا هو قيس فإنما يقاس بحيز مكاني لا بمقياس زمني ، أو هو - كما يقول الدكتور عبد الحي حجازي في رسالته المعروفة - حقيقة مكانية لا حقيقة زمنية . وإنما سمي بالعقد الفوري ، ولم يسم بالعقد المكاني ، لأن الظاهرة الجوهرية فيه ليست هي في إثبات المكان له ، بل في نفي الزمان عنه .

٦٥ - العقد الزمني : هو العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه ، بحيث يكون هو المقياس الذي يقدر به محل العقد . ذلك أن هناك أشياء لا يمكن تصورها إلا مقترنة بالزمن . فالمنفعة لا يمكن تقديرها إلا بمدة معينة . والعمل إذا نظر إليه في نتيجته ، أى إلى الشيء الذي ينتجه العمل ، كان حقيقة مكانية ، ولكن إذا نظر إليه في ذاته فلا يمكن تصوره إلا حقيقة زمنية ، مقترناً بمدة معينة . ومن ثم فمقدار الإيجار عقد زمني لأنه يقع على المنفعة ، والزمن عنصر جوهري فيه لأنه هو الذي يحدد مقدار المنفعة المعقود عليها . وعقد العمل لمدة معينة ، عقد زمني ، لأن الخدمات التي يؤديها العامل لا تقاس إلا بالزمن ، فالزمن عنصر جوهري فيه إذ هو الذي يحدد مقدار محل العقود عليه .

وهناك من الأشياء ما يتحدد في المكان فيكون حقيقة مكانية ، ولكن المتعاقدين يتفقان على تكرار أدائه مدة من الزمن لسد حاجة تتكرر . فهو في ذاته يقاس بالمكان ، ولكن المتعاقدين اتفقا على أن يقاس بالزمان . مثل ذلك

عقد التوريد ، يلتزم به أحد المتعاقدين أن يورد للمتعاقد الآخر شيئاً معيناً يتكرر مدقم من الزمن . فحل العقد هنا — وهو الشيء المعين الذي اتفق على توريده — يقاس في ذاته بالمكان ، ولكن المتعاقدين اتفقا على أن يتكرر مرات مدة من الزمن ، فجعله يقاس ، كالمنفعة والعمل ، بالزمان لا بالمكان . فمعتود عليه في كل من عقد الإيجار وعقد التوريد هو الزمن ، أو هو شيء يقاس بالزمن . ولكن المعتود عليه في عقد الإيجار يقاس بالزمن طبيعة ، أما المعتود عليه في عقد التوريد فيقاس بالزمن اتفاقاً .

ومن ثم ينقسم العقد الزمني إلى عقد ذي تنفيذ مستمر (contrat à exécution continue) وعقد العمل لمدة معينة : وعقد ذي تنفيذ دوري (contrat à exécution périodique) كعقد التوريد وعقد الإيراد المؤبد أو الإيراد مدى الحياة .

٦٦ — أهمية هذا التقسيم : ترجع خصائص العقد الزمني إلى فكرة جوهرية هي أن المعتود عليه فيه هو الزمن . والزمن إذا مضى لا يعود . فإذا نفذ العقد الزمني حيناً من الزمن ، وأريد لسبب أو لآخر الرجوع في العقد استحالة ذلك ، فإن الفترة من الزمن الذي نفذ فيها العقد قد انقضت ، وما نفذ من العقد أصبح تنفيذه نهائياً لا يمكن الرجوع فيه . أما العقد الفوري فلا يقوم على الزمن ، وإذا نفذ في جزء منه جاز الرجوع فيما تم تنفيذه . ويترتب على هذا الفرق الجوهرى فيما بين العقد الزمني والعقد الفوري نتائج هامة ، نذكر منها ما يأتي :

(١) الفسخ في العقد الفوري ينسحب أثره على الماضي ، لأنه يجوز الرجوع فيه . أما الفسخ في العقد الزمني فلا ينسحب أثره على الماضي لأن ما نفذ منه لا يمكن إعادته .

(٢) إذا وقف تنفيذ العقد الفوري ، فإن هذا الوقف لا يؤثر في التزامات المتعاقدين من حيث الكم ، بل تبقى هذه الالتزامات كاملة كما كانت قبل الوقف . أما العقد الزمني فوقف تنفيذه يترتب عليه النقص في كنه وزوال جزء منه ، إذ تمحي آثاره في خلال المدة التي وقف تنفيذه فيها . لأن هذه المدة لا يمكن تعويضها بعد أن فاتت . بل قد يترتب على وقف العقد الفوري انتهاءه إذا كانت مدة الوقف تزيد على المدة المحددة للعقد أو تساويها .

(٣) العقد الزمنى تتقابل فيه الالتزامات تقابلاً تاماً ، لا فى الوجود فحسب بل أيضاً فى التنفيذ ، فاتم منها فى جانب يتم ما يقابله فى الجانب الآخر . ففي عقد الإيجار الأجرة تقابل الانتفاع ، فإذا انتفع المستأجر مدة معينة التزم بدفع الأجرة بقدر المدة التى انتفع فيها . أما فى العقد الفورى فإن التقابل إذا كان تاماً فى الوجود فهو غير تام فى التنفيذ . ففي عقد البيع بشمن مقسط إذا تقابل المبيع والثن من حيث الوجود ، فليس من الضرورى أن يتقابلا من حيث التنفيذ ، ويجوز أن يدفع المشتري أقساطاً من الثمن لا يأخذ ما يقابلها من المبيع ، ويلجأ إلى فسخ البيع فيسترد ما دفعه من الثمن .

(٤) الإعذار شرط لاستحقاق التعويض فى العقد الفورى فى أكثر الأحوال . أما فى العقد الزمنى فالإعذار ليس بضرورى إذا تأخر الملتزم عن تنفيذ التزامه الزمنى ، لأن ما تأخر فيه لا يمكن تداركه لفوات الزمن ، فلا فائدة رتجي من الإعذار .

(٥) العقد الزمنى لا يمكن إلا أن يكون ممتداً مع الزمن ، وبقدر ما يمتد يكون تغير الظروف محتملاً ، ومن ثم كانت العقود الزمنية هي المجال الطبيعي لنظرية الظروف الطارئة . أما العقود الفورية فلا يمكن أن تنطبق عليها هذه النظرية إلا إذا كان تنفيذها مؤجلاً (١) .

(١) وهناك تقيم للعقود ، من حيث طبيعتها ، إلى عقد ذاتى (contrat subjectif) واتفاق منظم (convention institutionnelle) . فالعقد الذاتى هو اتفاق بين شخصين لهما مصلحة متعارضان ، وتكون الرابطة بينهما رابطة ذاتية عرضية تقتصر عليهما ولا تتجاوزهما إلى غيرهما . مثل ذلك عقد البيع نرى فيه تعاضداً بين مصلحة البائع ومصلحة المشتري . والرابطة بينهما ذاتية مقصورة عليهما ، وهى لا تلبث أن تزول فى أهم مشتلاتها بانقال ملكية المبيع إلى المشتري . أما الاتفاق المنظم فعلى التقيض من العقد الذاتى يوجد مركزاً قانونياً منظماً ثابتاً (statut, institution) هو أقرب إلى القانون منه إلى العقد ، فيسرى على الغير كما يسرى على الطرفين . هذا إلى أن الطرفين فى الاتفاق المنظم لا تناقض بين مصالحهما وليس فيهما دائن ومدين . بل لهما غاية متحدة وغرض مشترك . مثل ذلك الشركة ، فإن الشركاء اتفقوا على أن يوجد بينهم هذا المركز المنظم الثابت لغرض مشترك هو الغرض الذى يسمون إليه من وراء اشتراكهم ، ولا تعارض فيما بين مصالح الشركاء . يماثل التعارض بين مصلحة البائع ومصلحة المشتري فى عقد البيع ، كما أن نظام الشركة لا يسرى على الشركاء فحسب ، بل هو أيضاً يسرى على الغير الذى يتعامل مع الشركة . ومثل ذلك أيضاً الاتفاق الجامع للشغل (contrat collectif du travail) وهو يرمى إلى تنظيم القواعد التى تسرى على مفرد العمل الفردية بين العامل =

٦٧ - ترتيب البحث في العقد: الآن وقد فرغنا من التمهيد نكلام في

العقد ، ننتقل إلى البحث فيه . ورتب البحث على النحو الذي سار عليه القانون المدني الجديد ، فنتناول في فصول ثلاثة :

١ - أركان العقد .

٢ - آثار العقد .

٣ - انحلال العقد .

بحسب

== ورب العمل ، فينضم بذلك حالة مستقرة ثابتة تسرى على من اشترك في العقد وعلى من لم يشترك .

والواقع أن الفرق بين العقد الذاتي والاتفاق المنظم ليس على قدر كبير من الوضوح . فهناك من العقود الذاتية ما يوجد رابطة مستمرة غير وقتية كمقد الإيجار ، فإنه يخلق رابطة مستمرة بين المؤجر والمستأجر ، وهذه الرابطة قد يمتد أثرها إلى غير المتعاقدين كالمشترى للعين المؤجرة . والوكالة وهي عقد ذاتي يمتد أثرها هي أيضاً إلى الغير الذي يتعامل مع الوكيل . والشركاء في عقد الشركة ، التي هي اتفاق منظم ، لهم مصالح متعارضة ، إذ كل شريك يريد أن يعطى للشركة أقل حصة ممكنة ويفوز بأكبر ربح ممكن . ومن ثم تدرك السبب في أن تقسيم العقد إلى عقد ذاتي واتفاق منظم ، وهو تقسيم ابتدعه الأستاذ دينيه في الفقه الإداري ، لم يسد في الفقه المدني .

الفصل الأول

أركان العقد

٦٨ - **مصر أركان العقد**: العقد يقوم على الإرادة ، أى تراضى المتعاقدين . والإرادة يجب أن تتجه إلى غاية مشروعة ، وهذا هو السبب . فلعقد إذن ركنان : التراضى والسبب (١) .

وأما المحل فهو ركن فى الالتزام لا فى العقد . ولكن أهميته لا تظهر إلا فى الالتزام الذى ينشأ من العقد . فإن محل الالتزام غير التعاقدى يتولى القانون تعيينه ، فليس ثمة احتمال أن يكون غير مستوف للشروط . أما محل الالتزام التعاقدى فإن المتعاقدين هما اللذان يقومان بتعيينه ، فوجب أن يراعى استيفاء الشروط التى يتطلبها القانون . ومن ثم فالمحل يذكر عادة مقترناً بالعقد .

فنحن نبحث القواعد التى يقوم عليها التراضى والمحل والسبب ، وكذلك الجزاء الذى يترتب على هذه القواعد وهو البطلان . ويتناول بحثنا إذن المسائل الآتية :

- ١ - التراضى .
- ٢ - المحل .
- ٣ - السبب .
- ٤ - البطلان .

الفرع الأول

التراضى

٦٩ - **ومورد التراضى وصحته** : يوجد التراضى بوجود إرادتين متوافقتين . وإذا كان وجود هاتين الإرادتين يكفى لوجود العقد ، فإنه لا يكفى

(١) وقد يجب فى التراضى أن يكون فى شكل مخصوص كما فى العقود الشكلية التى سبق ذكرها . فى هذه الحالة يكون هذا الشكل المخصوص ركناً من أركان العقد .

لصحته . بل يجب حتى يكون العقد صحيحاً أن تكون الإرادتان المتوافقتان صحيحتين
فنبحث إذن :

١ - وجود التراضي .

٢ - صحة التراضي .

المبحث الأول

وجود التراضي

٧٠ - **التراضي هو تطابق إرادتين** : نصت المادة ٨٩ من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

« يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد . » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المشروع التمهيدي في المادة ٩٣٠ منه على الوجه الآتي : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، ما لم يقرر القانون أوضاعاً معينة لانعقاد العقد » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « قطع المشروع بإثبات مذهب الإرادة الظاهرة بصورة واضحة في هذا النص ، فلم يتطلب لانعقاد العقد توافق إرادتين ، بل استلزم تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين » . وهذا القول الذي ورد في المذكرة الإيضاحية يوم أن القانون الجديد قد انحاز إلى نظرية الإرادة الظاهرة انحيازاً تاماً . والواقع غير ذلك . فقد رأينا أن القانون الجديد في وضعه النهائي قد سلك مسلكاً وسطاً بين نظريتي الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ، بل هو قد جعل الإرادة الباطنة هي الأصل ، ولم يعدل عنها إلى الإرادة الظاهرة إلا إذا اقضى استقرار التعامل هذا العدول . ولما تبلى النص الذي تخنّ يصده في لغة المراجعة ، أضيف إليه عبارة « فوق ذلك » ، فأصبح كما يأتي : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ما لم يخبر القانون فوق ذلك أوضاعاً معينة لانعقاد العقد » . وقد أصبح مفهومنا بهذا التعديل أن اشتراط أوضاع معينة لانعقاد العقد لا يثنى عن تطابق الإرادتين . ثم قدمت المادة بالنص الآتي : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يخبره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » . وقد وافق مجلس النواب عليها دون تعديل تحت رقم ٩١ . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ تليت هذه المادة فوافقت اللجنة عليها كما هي بعد المناقشة وأصبح رقمها ٨٩ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته . (آخر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٨ - س ١٢٣) .

فالتراضى إذن هو تطابق إرادتين (١) . والمقصود بالإرادة هنا الإرادة التي تتجه لإحداث أثر قانوني معين هو إنشاء الالتزام .

٧١ - أركان الإرادة (أو العمل القانوني) : والإرادة بهذا

التحديد هي العمل القانوني (acte juridique) . والعمل القانوني كما رأينا أعم من العقد . فكان المنطق يقضي بأن يكون بحث العقد داخلاً ضمن بحث العمل القانوني ، لا العكس . ولكن الناحية العملية تغلب هنا . فالعقد هو العمل القانوني الأكثر شيوعاً في التعامل . والقواعد التي تنطبق على العقد هي ذات القواعد التي تنطبق على العمل القانوني ، إذا استثنينا منها تلك التي يقتضيها توافق الإرادتين ، كما سنبين ذلك عند الكلام في الإرادة المنفردة ، أي في العمل القانوني الصادر من جانب واحد . ومن ثم فأركان العمل القانوني هي بعينها أركان العقد : إرادة صحيحة ، أي إرادة صادرة من ذي أهلية وخالية من العيوب ، تقع على محل مستوف لشروطه ، وتتجه لتحقيق سبب مشروع .

٧٢ - اتجاه الإرادة لأحداث أثر قانوني : ويعنيها هنا وجود

الإرادة والمقصود بهذا أن تصدر الإرادة من صاحبها بنية إحداث أثر قانوني هو إنشاء الالتزام .

ويترتب على ذلك بداهة أن الإرادة لا يمكن أن تصدر من شخص معدوم الإرادة ، كالطفل غير المميز والمجنون ومن فقد الوعي لسكر أو مرض ومن انعدمت إرادته الذاتية تحت تأثير الإيجاء ونحو ذلك .

ولا عبرة بالإرادة التي لم تتجه لإحداث أثر قانوني ، كما في المحاملات الاجتماعية وفي التبرع بتقديم خدمات مجانية وفي الاتفاقات التي تقوم فيما بين أفراد الأسرة ، وقد تقدم بيان هذا .

(١) والذي يقع عادة أن الإرادتين المتطابقتين تتعاقبان ولا تتعاصران : فيصدر الإيجاب أولاً ، ثم يليه القبول مطابقاً له . ومع ذلك قد تتعاصر الإرادتان المتطابقتان ، كما في الرهان على سباق الخيل ، إذ يدفع عدد من المراهنين البالغ التي يراهنون بها في وقت واحد . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « وفي الغالبية العظمى من الأحوال يبدأ أحد المتعاقدين بالإيجاب ، ثم يتلوّه قبول المتعاقد الآخر . ولكن ليس من الضروري أن يلي القبول الإيجاب ، فقد يتم العقد بتلاقي تعبيرين متعاصرين عن إرادتين متطابقتين ، كما هو الشأن في الرهان على سباق الخيل » . (مجموعة الأعمال التمهيدية ٢ ص ١٠) .

كذلك لا يعتد بإرادة الهازل ولا بالإرادة الصورية ولا بالإرادة المعلقة على محض المشيئة ولا بالإرادة المقرنة بتحفظ ذهني ، فإن الإرادة في جميع هذه الأحوال لم تتجه اتجاهاً جدياً لإحداث أثر قانوني (١) .

(١) وقد قضت محكمة النفس بأن المقصود بالرضاء الصحيح هو كون التصرف مبرراً بفعل معنى التصرف وبقصده ، والغرض من كونه مبرراً بفعل معنى التصرف أن يكون مدركاً مانعاً اعتد التزاماته فيه . أما كونه يقصده والغرض منه بيان ألا بد من إرادة حقة منه لقيام هذا الالتزام . فالإرادة إذن ركن من الأركان الأساسية لأي تصرف ذنوني (وكان التصرف وقت تحرير العقد مريضاً مريضاً عصبياً أفقده الإرادة وانتهى بالاتجار) (تتم مدني في ٨ مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٩ ص ٣٢٩) .

وقد اشتمل المشروع التهديدي على نصين في هذا الموضوع حذفوا في المشروع النهائي . وكانت المادة ١٢٧ من المشروع التهديدي تنص على ما يأتي : « يكون التعبير عن الإرادة باطلاً إذا صدر من شخص وهو في حالة غيبوبة أو وهو مصاب باضطراب عقل ولو كان الاضطراب وقتاً ، بحيث يكون هذا الشخص قد التهم . وورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي في هذا الصدد ما يأتي : « بقصد من هذا الحكم إلى مواجهة حالات الاضطراب العارض التي لا تكن لفقد الأهلية بوجه دائم وإن استتبت فقد الإرادة ما بقي الاضطراب قائماً ، كما هو الشأن في الغيبوبة والسكر والتخيم (أنظر التقنين الألماني تعليقات ١ ص ١٠٣) . وبغير القانون الأخير بين التصرفات التي تنعقد بإرادة مفردة والعقود التي لا تتم إلا بإرادتين . ويجعل من الاضطراب العقلي والكرسي البطلان الأولي دون الثانية . والظاهر أن هذه التفرقة ترجع إلى معادلة هذا القانون في الحرص على استقرار المعاملات (جنكس م ٦٤ و ٦٩ - وولستون ١ ص ١١١) . « ولما تبنت المادة ١٢٧ في لجنة المراجعة اقترح حذفها لوضوح حكمها ولعدم الحاجة إليها ، فوافقت اللجنة على ذلك .

وكانت المادة ١٢٨ من المشروع التهديدي تنص على ما يأتي : « لا يكون التعبير عن الإرادة باطلاً بخيرد أن صاحبه قد أصغر غير ما ظهر ، ولكنه يكون باطلاً إذا كان من وجه إليه يعلم بهذا التحفظ الذهني . وورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي في هذا الصدد ما يأتي : « يتناول هذا النص مسألة التحفظ الذهني ، وهي تنبئ من فورها أمر البحث في الفاضلة بين مذهب الإرادة الباطنة ومذهب الإرادة الظاهرة ، فإذا لم تضابق الإرادة الظاهرة الإرادة الباطنة فأيها يؤخذ ؟ أخذ المشروع بالمذهب الجرماني ، مؤثراً الإرادة الظاهرة ، وليس شك في أن هذا المذهب أكفل بتحقيق الاستقرار في نطاق الروابط القانونية وأكثر استجابة لمقتضيات الائتمان . وهو يصادف ، فضلاً عن ذلك ، سندا قويا في الشريعة الإسلامية ، إذ هي تعتد اعتداداً بينا بالإرادة الظاهرة ، متأثرة بذلك بنزعة مادية واضحة . فإذا كان من وجه إليه التعبير عالماً بالتحفظ الذهني التعلق بهذا التعبير ، فلا محل لعدم الأخذ بالإرادة الحقيقية إذ لم يصد في الأخذ بها إخلال بتأمين المعاملات . وقد ذهب القضاء المصري إلى إظهار المذهب الذي اتبعه المشروع في الفروض النادرة التي طرحت عليه بشأن التحفظ الذهني (استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٩٩٦ م ٨ ص ١٤٢) . « ولما تبنت المادة ١٢٨ في لجنة المراجعة اقترح حذفها « لأن فيها إمعاناً في الدقة لا حاجة لنا به » ، فوافقت اللجنة على ذلك .

(أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩ - ص ٣٠ في الهامش) .

٧٣ - كيف يتم التعاقد : والتعاقد يتم بتعبير كل من المتعاقدين عن إرادته على النحو الذى قدمناه ويتوافق الإرادتين . وقد يمر التعاقد بمرحلة تمهيدية لا يكون العقد فيها باتاً ، ويتحقق ذلك فى الاتفاق الابتدائى وفى العريون .

فيخلص إذن للبحث المسائل الآتية : (١) التعبير عن الإرادة . (٢) توافق الإرادتين . (٣) مرحلة تمهيدية فى التعاقد : الاتفاق الابتدائى والعريون .

المطلب الأول

التعبير عن الإرادة

٧٤ - تعبير الأصيل وتعبير النائب : قد يصدر التعبير عن الإرادة من الأصيل فى التعاقد وقد يصدر من نائب عنه . فتتکلم : (أولاً) فى التعبير الصادر من الأصيل ، و(ثانياً) فى التعبير الصادر من النائب ، أى النيابة فى التعاقد .

§ ١ - التعبير الصادر من الأصيل

٧٥ - الإرادة ومظهر التعبير عنها : يجب التمييز بين الإرادة الكامنة فى النفس والمظهر الخارجى للتعبير عنها . أما الإرادة الكامنة فى النفس فهى عمل نفسى يتعقد به العزم على شىء معين (١) .

(١) ويقرر علماء النفس أن الإرادة يسبقها إعلان تحضيران ويليها عمل تنفيذى . فأول مرحلة هى اتجاه الفكر إلى أمر معين ، وهذا هو الإدراك (conception) . ثم يلى ذلك مرحلة التدبر (délibration) فيزن الشخص الأمر ويتدبره . ثم تأتى المرحلة الثالثة وهى إمضاء العزيمة فى هذا الأمر والبت فيه ، وهذه هى الإرادة (volition) . فإذا انعقدت لم يبق بعد ذلك إلا مرحلة رابعة وهى مرحلة التنفيذ (exécution) . وهذه المرحلة الأخيرة هى عمل خارجى ، أما المراحل الثلاث الأولى فهى مراحل داخلية نفسية : اثنتان منها ترجعان إلى التفكير والثالثة هى الإرادة المقصودة .

وتميز علماء النفس هذه المراحل بعضها عن بعض حتى لا تختلط الإرادة بالرغبة ، وهذا شىء سابق ، ولا تتلبس بالتنفيذ ، وهو شىء لاحق . وإلا فإن النظريات الحديثة فى علم النفس لانسم بالتمييز فيما بين المراحل المختلفة هذا التمييز الدقيق . فإنه يصعب القول بأن العمل النفسى ، =

وما دامت الإرادة عملاً نفسياً فإنه لا يعلم بها من الناس إلا صاحبها، ولا يعلم بها غيره إلا إذا عبر عنها بأحد مظاهر التعبير .

٧٦ - التعبير الصريح والتعبير الضمني : نصت المادة ٩٠ من انقانون المدني الجديد على ما يأتي :

« ١ - التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً . كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة المقصود » .

« ٢ - ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً (١) » .

ونرى من ذلك أن التعبير عن الإرادة - وهو مظهرها الخارجي وعنصرها المادى المحسوس - يكون تارة تعبيراً صريحاً وطوراً تعبيراً ضمناً .

= وهو بطبيعته عمل معقد، يمر على مراحل متباعدة بعضها عن بعض، يمر فيه كل هذا الوضوح . ومن الصعب الجزم بأن الإنسان لا يدخل في مرحلة التدبر إلا بعد أن يتم مرحلة الإدراك . فإن الإدراك والتدبر يتفاعل أحدهما مع الآخر فيتفاعلا ، كقصة تسقط في بحر ، فتخرج بالقاء ، فتؤثر فيه ، وتتأثر منه . ثم إن مرحلة التدبر لا يزل فيها الإنسان الأمر على هذا الحال المادى ، فيستخلص أسباباً للاندفاع على العمل وأخرى للاجتماع عنه ، فإن العمل النفسى أكثر تعقيداً وأقل وضوحاً . فإذا ما انتهينا إلى مرحلة الإرادة خيل لنا أن يتبع التعجيل التقدم أن هناك قوة تقيبه مستقلة ، غير قوة الإدراك وقوة التدبر ، هي التي تتولى البت في الأمر وتكون حكماً لا تعقب على حكمه ، مع أن الإرادة ليست إلا ما ينتهى إليه الإدراك والتدبر ، فهي ليست مستقلة عنها ، وما هي إلا امتداد طبيعى لما أودع في الإنسان من تفكير وتخيير وتبصر .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المشروع التمهيدي (م ١٢٤) على الوجه الآتي :

« ١ - يجوز التعبير عن الإرادة بالألفاظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ، كما يجوز ذلك أيضاً باتخاذ موقف يكون شأنه تبعاً للظروف ألا يدع شكاً فيما يشتمل عليه هذا التعبير .

٢ - ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً » . فأدخلت لجنة المراجعة عليه تعديلات لفظية أصبح بعدها مطابقاً للنص الوارد في القانون ، وأخذ رقم المادة ٩٢ من المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل تحت رقم ٩٢ . ولما تبنت المادة في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ دارت مناقشات طويلة حولها انتهت إلى أن أغلبية اللجنة رأت حذفها ، ثم رجعت عن هذا الرأى في جلسة أخرى وأقرت بقاءها ، وأصبح رقم المادة ٩٠ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٤ و ١٥ ص ١٩) .

ويكون التعبير عن الإرادة صريحاً إذا كان المظهر الذى اتخذته - كلاماً أو كتابة أو إشارة أو نحو ذلك - مظهراً موضوعاً فى ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب المألوف بين الناس . فالتعبير الصريح قد يكون بالكلام ، وذلك بإيراد الألفاظ الدالة على المعنى الذى تنطوى عليه الإرادة ، وقد يؤدى اللسان هذه الألفاظ مباشرة وقد يؤدىها بالواسطة كالمخاطبة التليفونية وكإيفاد رسول لا يكون نائباً . وقد يكون التعبير الصريح بالكتابة فى أى شكل من أشكالها ، عرفية كانت أو رسمية ، فى شكل سند أو كتاب أو نشرة أو إعلان ، موقعاً عليها أو غير موقع . مكتوبة باليد أو بالآلة الكتابة أو بالآلة الطباعة أو بأية طريقة أخرى ، أصلاً كانت أو صورة . وبديهي أن الإثبات بالكتابة يتطلب شروطاً أشد مما يتطلبه التعبير بالكتابة . ويكون التعبير الصريح أيضاً بالإشارة المتداولة عرفاً . فإشارة الأخرس غير المبهمة تعبير صريح عن إرادته ، وأية إشارة من غير الأخرس توافقت الناس على أن لها معنى خاصاً يكون تعبيراً صريحاً عن الإرادة ، كهز الرأس عمودياً دلالة على القبول وهزها أفقياً أو هز الكتف دلالة على الرفض . ويكون التعبير الصريح أخيراً باتخاذ أى موقف آخر لاتدع ظروف الحال شكاً فى دلالة على حقيقة المقصود ، فعرض التاجر لبضائه على الجمهور مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً صريحاً (١) . ووقوف عربات الركوب ونحوها فى الأماكن المعدة لذلك عرض صريح على الجمهور . ووضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل معين كميزان أو آلة لبغ الحلوى أو لتوزيع ضوايح البريد أو نحو ذلك ، كل هذا يعد تعبيراً صريحاً (٢) .

ويكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا كان المظهر الذى اتخذته ليس فى ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة ، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة ، مثل ذلك أن يتصرف شخص فى شيء

(١) وقد كان المشروع التوسيعى يشتمل على النص الآتى (م ١٣٤ من المشروع) :
١٥ - يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً . ٢ - أما النشر والإعلان وبيان الأسماء الجارية التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بمروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد ، فلا يعتبر عند الشك إيجاباً ، وإنما يكون دعوة إلى التفاوض . فاقترح حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه ، فوافقت اللجنة على ذلك . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١ فى الهامش) .

(٢) وقد يكون السلوك تعبيراً صريحاً عن القبول . كالمسح . (نظر حكماً لمحكمة النقض - الدائرة المدنية - فى ٢١ أبريل سنة ١٩٤٩ بمجموعة عمر ٥ رقم ٤١٠ ص ٧٦٠ ، وقد استعاضت المحكمة قول المدعى إليه قبولاً ضمناً من سلوكه عن الرد على ما تضمنه الإنذار) .

ليس له ولكن عرض عليه أن يشتريه . فذلك دليل على أنه قبل الشراء إذ يتصرف تصرف المالك ، وكالموعد بالبيع يرتب حقاً على العين الموعد بيعها (١) . وكالدائن يسلم سند الدين للمدين فهذا دليل على أنه أراد انقضاء الدين ما لم يثبت عكس ذلك . وكالمستأجر يبقى في العين المؤجرة بعد نهاية الإيجار ويصدر منه عمل يفهم على أنه يراد به تجديد الإيجار (أنظر م ٥٩٩) ، وكالوكيل يقبل الوكالة بتنفيذها ، وكمدبر ملعب يعدل للتمثيل رواية عرضها مؤلف عليه (٢) .

وأى مظهر من مظاهر التعبير الصريحة أو الضمنية يكفي بوجه عام في التعبير عن الإرادة ، مع مراعاة أن هناك عقوداً شكلية سبقت الإشارة إليها تستلزم أن يتخذ التعبير مظهراً خاصاً ، في شكل معين ، ومع مراعاة أن هناك قواعد للإثبات تستوجب الكتابة في كثير من الفروض ، ولكن الكتابة في هذه

(١) أما إذا استأجر العين من الواعد فهذا دليل على رفض الوعد بالبيع . وقد استغلصت محكمة النقض عدول الموعد بالبيع عن الشراء من طلبه من الواعد أن يؤجره أمثاباً تشمل العين الموعد بيعها (نقض مدني ٦ يولية سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٠ من ١٨٨) . ولم تر محكمة النقض أن تستخلص إيجاباً ضنياً بالهبة من أن المورث فتح حساباً خاصاً في البنك لولديه أودع فيه باسمها المبلغ المتنازع عليه ، وقالت في هذا الصدد ما يأتي : « إذا كان كل ما قاله المحكم لإثبات الهبة أن المورث قد فتح حساباً خاصاً في البنك لولديه أودع فيه باسمها المبلغ المتنازع عليه وأنه فتح هذا الحساب الخاص مع وجود حساب باسمه هو في ذات البنك ، فهذا الذي قاله المحكم ليس فيه ما يدل على صدور إيجاب بالهبة من المورث لأن نية الهبة لا تنفرض ، وفعل الإبداع ليس من شأنه بمجرد أن يفيد ما هو محتمل احتمالات مختلفة لا يرجح أحدها إلا بمرجح » . (نقض مدني ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٨ من ٥٩٠) .

(٢) وهناك رأى يذهب إلى أن التعبير الصريح هو التعبير المباشر — أى التعبير الذى يقصد به إيصال العلم بطريق مباشر إلى من توجه إليه هذه الإرادة — والتعبير الضمى هو التعبير غير المباشر — أى التعبير الذى لا يقصد به إيصال العلم بالإرادة مباشرة ، بل يستدل منه بطريق غير مباشر على وجود هذه الإرادة . ولا نرى أن هناك فرقة محسوساً بين الرأيين ، بل يمكن القول إن الأسلوب المألوف في التعبير هو التعبير المباشر . والأسلوب غير المألوف في التعبير هو التعبير غير المباشر . وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى إذ تقول : « ويراعى أن الفارق العملى بين هذين العبارتين ضئيل إن لم يكن معدوماً . فالأسلوب المألوف في التعبير عن الإرادة هو في الوقت ذاته الأسلوب المباشر ، في حين أن الأسلوب غير المباشر ليس في الغالب بالأسلوب المألوف . ومهما يكن من شئ فقد أثر المشروع ألا يفصل في المسألة بنص تشريعى ، تاركاً أمر البحث عن الميزان السليم لاجتهاد الفقه والقضاء » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ١٥) .

الحالة الأخيرة ليست مظهراً للتعبير عن الإرادة بل طريقاً لإثبات وجودها بعد أن سبق التعبير عنها . ومع ذلك فهناك أحوال يجب أن يكون التعبير عن الإرادة فيها تعبيراً صريحاً ، ولا يكتفى بالتعبير الضمني . وهى أحوال يراد فيها عادة تنبيه العاقد قبل التعاقد إلى وجه الخطر فيما هو مقدم عليه ، فلا يرم الأمر إلا بعد التروى وإلا بعد أن تصدر منه إرادة صريحة . وهذا نوع من الشكلية المهذبة . وهذه الأحوال إما أن ينص عليها المشرع أو يتفق عليها المتعاقدان . مثل الذى ينص عليه المشرع حجية الدفاتر والأوراق المنزلية لا تقوم إلا فى إحدى حالتين ، أن يذكر المدين فيها صراحة أنه استوفى ديناً أو أن يذكر صراحة أنه قصد بما دونه فى هذه الأوراق أن تقوم مقام السند (أنظر م ٣٩٨) ، وبائع التركة يرد للمشتري ما استوفى عليه منها ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد (أنظر م ٤٥٧) ، وبراءة ذمة المستأجر الأصلى نحو المؤجر إذا صدر من هذا قبول صريح بالتنازل عن الإيجار أو بالإيجار من الباطن (أنظر م ٥٩٧) (١) . وقد يتفق المتعاقدان على أن يتخذ مظهر التعبير عن الإرادة شكلاً خاصاً بأن يكون تعبيراً صريحاً أو يكون بالكتابة أو بكتابة رسمية ، وفى هذه الأحوال ينفذ الاتفاق فلا يوجد التعبير إلا فى الشكل المتفق عليه وقد سبق بيان ذلك (٢) .

وكل ما قدمنا عن التعبير الصريح والتعبير الضمنى كان معمولاً به قضاء دون نص فى ظل القانون القديم (٣) .

(١) وقد لا يصل المشرع إلى حد أن يتطلب تعبيراً صريحاً ، ولكنه يتطلب مثلاً اتفاقاً خاصاً (أنظر م ٣٠٩ وم ٤٤٥ وم ٧٨١) ، أو ينص على أن الإرادة لا تفترض (أنظر م ٢٧٩ وم ٣٥٤ وم ٣٦٠) ، أو يستوجب أن يكون نصير الإرادة نصيراً ضيقاً (أنظر م ٥٥٥) . وفى جميع هذه الأحوال لا يشترط التعبير الصريح ، ولكن تحب الحيلة والتشدد فى استخلاص التعبير الضمنى .

(٢) أنظر آتياً فقرة ٤٨ فى الهامش .

(٣) وقد جرى القضاء المصرى على الاعتداد بالتعبير الضمنى عن الإرادة كما يعتد بالتعبير الصريح (استئناف مختلط فى ١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١١٨ - وفى ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٢) . وذهب كذلك إلى أن مسلماً معيناً أو ضرباً من ضروب الصرف قد يعتبر إفصاحاً عن الإرادة (استئناف مختلط فى ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٠١) .

٧٧- الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة (*) - تمهيد: إذا لم تختلف

الإرادة الداخلية عن مظهرها الخارجى ، فبيان الأخذ بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة مادام الإثنان متطابقتين . أما إذا اختلفتا - كما إذا أمضى شخص عقداً مطبوعاً يتضمن شرطاً كان لا يقبله لو فطن له ، وكشخص ينزل فى فندق على شروط لا يعلمها ولكنها مكتوبة ومعلقة فى غرفته ، وكمن يوصى على أئاث منزلى بطريق التأشير على بيان مطبوع فإذا به يؤشر على أئاث غرفة نوم وهو يريد أئاث غرفة استقبال - فالقاعدة المعروفة فى القوانين اللاتينية أن الإرادة الباطنة هى التى يؤخذ بها . ولكن نظرية حديثة كان للألمان الضلع الأكبر فيها . تأخذ بالإرادة الظاهرة . ومن هنا اختلفت المدرسة الألمانية مع المدرسة الفرنسية فى العقد كما اختلفتا فى الالتزام وكما اختلفتا فى نظرتهما العامة للعلاقات القانونية . فالأولى تقف أمام المظاهر المادية المحسوسة فنظرتها موضوعية (objectif) . والأخرى تنفذ إلى البواطن النفسية فنظرتها ذاتية (subjectif) . فإذا اقتصرنا على العقد رأينا المدرسة الفرنسية تأخذ بالإرادة الباطنة ، وتأخذ المدرسة الألمانية بالإرادة الظاهرة .

٧٨- نظرية الإرادة الباطنة (volonté interne) : وهى تبحث عن

الإرادة فيما تنطوى عليه النفس . أما مظهر التعبير عن الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل لإثبات العكس . فإذا قام دليل من جهة أخرى على أن المظهر المادى لا يتفق مع الإرادة النفسية ، فالعبرة بهذه لا بذلك . وإذا تعذر الوصول إلى معرفة الإرادة النفسية عن طريق الجزم ، فما على القاضى إلا أن يتعرفها عن طريق الافتراض . فالإرادة الحقيقية أولاً ، وإلا فالإرادة المفترضة .

(*) بعض المراجع الرئيسية : سالى فى الإعلان عن الإرادة - بنكاز تكملة بودرى

جزء ٢ - ديموج فى الالتزامات جزء أول - بلانبول وريبير وإسبان جزء أول - ديريه (Dereux) رسالة فى تفسير الأعمال القانونية سنة ١٩٠٥ ، وانظر أيضاً مقالاً له فى مجلة الانتقادية سنة ١٩٠١ - مقال الأستاذ ميال (Meynial) فى الإعلان عن الإرادة فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٠٢ ص ٥٤٥ - ص ٥٧٣ - مقال الأستاذ هوريو (Hauriou) والأستاذ جيلوم دى بيزان (Guillaume de Bezin) فى الإعلان عن الإرادة فى القانون الإدارى الفرنسى فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩١٣ ص ٥٤٣ - ص ٥٨٦ - نظرية العقد للمؤلف ص ١٥٠ وما بعدها - أصول الالتزامات للدكتور حلمى بهجت بدوى بك ص ٨٢ وما بعدها - نظرية الالتزام للدكتور أحمد حشمت أبوستيت بك ص ٧٠ وما بعدها .

ولكنها - حقيقة أو مفترضة - هي الإرادة الباطنة لا الإرادة الظاهرة :
الإرادة الحرة المختارة في معدنها الحقيقي ، غير متأثرة لا بغش
ولا بإكراه ولا بغلط .

٧٩ - نظرية الإرادة الظاهرة (volonté externe, déclaration

de volonté) : في النصف الثاني من القرن التاسع عشر بحث
فقهاء الألمان نظرية الإرادة الباطنة بحث المدقق ، وخلصوا
من بحثهم إلى أن هذه الإرادة النفسية لا يجوز أن يكون لها أثر في
القانون . فهي شيء كامن في النفس ، والإرادة التي تنتج أثراً هي
الإرادة في مظهرها الاجتماعي ، لا في مكنها وهي تختلج في الضمير . ولا تأخذ
الإرادة مظهراً اجتماعياً إلا عند الإفصاح عنها . فالعبرة بهذا الإفصاح ، إذ
هو الشيء المادى الذى يستطيع القانون أن يحيط به وأن يرتب أحكامه ،
دون حاجة إلى تحسس ما تنطوى عليه النفس من نيات . فإن القانون ظاهرة
اجتماعية لا ظاهرة نفسية ، والإرادة الباطنة لا وجود لها إلا في العالم النفسى .
فإذا أريد أن يكون لها وجود في العالم الاجتماعى ، وجب أن تتجسم في المظهر
المادى لها ، وهو ما يستطيع إدراكه . وفي هذا استقرار للتعامل ، وطمأنينة
لمن يسكن بحق إلى ما يظهر أمامه من إرادة لا يستطيع التعرف عليها إلا من
طريق التعبير عنها ، فلا يحتاج عليه بعد ذلك بأن من تعاقد معه كان ينطوى
على نية أخرى غير التي تستخلص من الطريق الذى اختاره للتعبير عن هذه
النية (١) .

(١) وقد تأثر القانون الألمانى بالفقه الألمانى ، فأخذ إلى حد كبير بنظرية الإرادة الظاهرة .
وطبق القانون الإنجليزى هذه النظرية في كثير من القروض (أنظر جنكس ص ٧٧ : إذا استمل
شخص طرفاً للتعبير عن إرادته بحيث يكون من المقول تبعاً للظروف أن يفهم منها معنى معين ،
ولا يجوز له أن ينكر هذا المعنى في مواجهة شخص تصرف عن حسن نية تصرفاً بتلازم مع
هذا المعنى . وانظر أيضاً بولوك في العقد طبعة تاسعة ص ٥ - ص ٦ - وولستن في العقد
جزء أول فقرة ٩٤) .

أما الصيغة الإسلامية فلو أن القاعدة فيها أن العبرة بالمعنى أى بالإرادة الحقيقية للمتاعدين ،
إلا أن الفقهاء في كثير من القروض يفتون عند المعانى الظاهرة من الألفاظ التى استعملها
المتعاقدان ، فلا يعمدون إلى المعانى الكامنة في السريرة . ولعل هذا يفسر تحليلهم الدقيق
للعنصر العبارات والألفاظ ، ووقوفهم طويلاً عند شرح ما تضمنه هذه العبارات من المعانى ، =

ولا يشترط أصحاب نظرية الإرادة الظاهرة طريقاً - ساً لمظهر التعبير ، فأى مظهر من هذه المظاهر يصح عندهم . وقد يكون هذا المظهر تعبيراً صريحاً أو تعبيراً ضمنياً . وقد يكون مجرد السكوت في أحوال خاصة بمظهر من مظاهر التعبير . والمهم عندهم ألا تقتصر الإرادة على عمل تنسي . بل تبرز إلى العالم المادى في علامة ظاهرة . هي التى تقف عندها ، وتقدر الإرادة بقدرها .

وهم لا يكتفون من المظهر الخارجى للإرادة بأن يكون مجرد دليل عليها - دليل يقبل إثبات العكس إذا تبين من الظروف أن التعبير الخارجى لا يتفق مع الإرادة الداخلية - ولو اكتفوا بذلك لانفقوا مع أصحاب نظرية الإرادة الباطنة . وإسكنهم يذهبون إلى مدى أبعد ، ويعتبرون هذا المظهر الخارجى هو العنصر الأصلى للإرادة . فيجب الوقوف عنده . وإذا كان لابد من اعتباره دليلاً على الإرادة الداخلية ، فهو دليل لا يقبل إثبات العكس . فلا يسمع لشخص يدعى أنه أضمر غير ما أظهر ، ما دام قد أراد هذا التعبير الذى اختاره لإرادته (١) .

= وما يستتبعه اختلاف التعبير من اختلاف الأحكام . فليس هذا منهم ورأينا استساكا باللفظ ، بل هو تغليب للإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة . هذا إلى أن هناك ثلاثاً جدهن جد وهنهن جد ، أى أن الإرادة الظاهرة تغلب فيها حتماً على الإرادة الباطنة ، وهى الزواج والطلاق والطلاق (التلويح والتوضيح جزء ٢ ص ٧٨٧ - ص ٧٨٩) .

(١) ذلك أن أنصار الإرادة الظاهرة لا ينفلون الإرادة الباطنة على نحو مطلق . فهم يشترطون أن يكون وراء مظهر التعبير إرادة كامنة ، ولكن هذه الإرادة تكون مقصورة على أن يقصد بالإرادة الظاهرة أن تتخذ مظهرها الخارجى لتحث أثرها القانونى (volonté de déclarer) . فمن يعبر عن إرادته بالكتابة لا يقصد بهذه الإرادة المكتوبة أن تتخذ مظهرها الخارجى فى الكتابة لتحث أثرها القانونى إلا وقت أن يوقع على هذه الكتابة ، بل هو فى الغالب لا يقصد ذلك إلا بعد أن يسلم الورقة المكتوبة ، أو بعد أن يقوم بتصديرها . ويتنب على ذلك أن أفعال الطفل أو المجنون لا يصح أن تؤخذ مظهراً مادياً يعتد به فى التعبير عن الإرادة ، لأن إرادة الطفل أو المجنون معدومة ، فلا يصح أن يقال إنه قصد أن تتخذ إرادته هذا المظهر الخارجى لتحث أثرها القانونى (أنظر المادتين ١٢٧ و ١٢٨ من المشروع التمهيدى وقد مر ذكرهما . وانظر فى هذا المعنى فون تور Von Tuhr ص ١٣٢ - سالى فى إعلان الإرادة ص ٢ - رسالة الدكتور الشينى المقدمة لمعهد القانون المقارن بجامعة باريس فى تكوين المقد وتفسيره فى القانون المدنى المصرى الجديد ص ٦٤ هامش رقم ٣) .

ولا بد من وجود الإرادة الظاهرة وجوداً حقيقياً ، ولإرادة المكتوبة لا وجود لها إذا كانت مزورة . أما إذا لم تكن مزورة فهى موجودة حتى لو وجهت إلى غير الشخص المقصود ، =

٨٠ - موقف القانون الجديد : وقد سبق القول إن القانون الجديد انحرف انحرافاً بسيطاً عن تقاليد القانون القديم في أمر الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة فلم يحدد في الوقوف عند الإرادة الباطنة ، بل ترحزح قليلاً نحو الإرادة الظاهرة حتى يكفل الاستقرار في التعامل . على أنه لم يبلغ مبلغ القانون الألماني في اقترابه من الإرادة الظاهرة كما سبق أن بينا . وإذا جاز أن يقال إن القانون الألماني قد أكمل نظرية الإرادة الظاهرة بنظرية الإرادة الباطنة ، فإن القانون الجديد يكون قد أكمل نظرية الإرادة الباطنة بنظرية الإرادة الظاهرة .

٨١ - متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره : والتعبير عن الإرادة - سواء كان صريحاً أو ضمنياً ، وسواء اعتد فيه بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة - لا ينتج أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . وهذا ما تقضى به المادة ٩١ من القانون المدني الجديد ، فهي تنص على ما يأتي : «ينتج

= بأن وجهت خطأ إلى شخص آخر يحمل اسم الشخص المقصود (فون تور Von Tuhr ص ١٣٦ - رسالة الدكتور الشبي المشار إليها ص ٨٤ فقرة ٧٥) .

هذا والنتائج العملية للتمييز بين مبدأ الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة محدودة ، وهي لا تظهر إلا إذا أمكن تقديم دليل على أن الإرادة الظاهرة تختلف عن الإرادة الباطنة ، وقلاً يستطاع إثبات ذلك . وفي الأحوال القليلة التي يمكن فيها تقديم هذا الدليل يتقارب المبدآن من ناحية أخرى . ذلك أن مبدأ الإرادة الباطنة لا يترك المظهر الخارجي الخاص به دون جزاء ، بل يرتب عليه الحق في التعويض ، على أساس السولية التقصيرية ، لمن اطمأن لهذا المظهر حماية للثقة المشروعة .

ومهما يكن من الأمر فلا يزال هناك فرق بين المبدآن لا يجوز إغفاله . فنظرية الإرادة الظاهرة تنظر إلى الإرادة باعتبارها ظاهرة اجتماعية . أما نظرية الإرادة الباطنة فتتفرع إلى الإرادة باعتبارها ظاهرة نفسية . وهذا الفارق يترتب عليه نتيجتان عمليتان : (١) عند تفسير العقد إذا أخذ القاضي بمبدأ الإرادة الظاهرة فهو لا يكون ملزماً أن يتحسس الإرادة الداخلية فيما تحته سريرة المتعاقدين ، بل هو يقف عند المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة ، فيفسره تفسيراً اجتماعياً لا نفسياً ، مستنداً في ذلك إلى العرف الجاري وإلى المؤلف في التعامل . (٢) إذا أخذ القاضي بمبدأ الإرادة الظاهرة فإن مسألة تفسير العقد تصبح مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النفس ما دام الفرض ليس هو تفسير نية المتعاقدين بل تفسير نص العقد ، فيكون حكم ذلك حكم تفسير نص القانون . أما إذا كان التفسير يتجه إلى بحث الإرادة الباطنة ، فهذه مسألة واقع لقاضي الموضوع فيها الرأي الأعلى — وستتناول هذه المسألة بتفصيل أوفى عند الكلام في تفسير العقد .

التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قريبة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك (١) . ولا نظير لهذا النص في القانون المدني القديم .

ولإيضاح ذلك يجب التمييز بين وجود التعبير وجوداً فعلياً ووجوده وجوداً قانونياً . فالعبر يكون له وجود فعلي بمجرد صدوره من صاحبه ، ولكنه ولا يكون له وجود قانوني إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه . العبرة في التعبير بوجوده القانوني لأن هذا الوجود وحده هو الذي ترتب عليه الآثار

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المشروع التمهيدي (م ١٢٥) على الوجه الآتي :

١ - ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يصل به إلى من وجه إليه بحيث يتمكن هذا من العلم به . ولا يكون له أثر إذا وصل عدول عنه إلى من وجه إليه التعبير عن الإرادة قبل أن يصل إليه هذا التعبير أو في الوقت الذي وصل إليه فيه . ٢ - إذا وصل عدول بعد وصول التعبير عن الإرادة ، وكان قد صدر بحيث كان يصل ، في الظروف المعتادة ، قبل وصول التعبير عن الإرادة أو في الوقت ذاته ، فيجب على من وجه إليه العدول أن يحظر الطرف الآخر فوراً بهذا التأخر ، فإذا تهاوت في الإخفاق اعتبر وصول العدول في وقت غير متأخر . ولما تلى النص في لجنة المراجعة ، اقترح حذف الجزء الثاني من الفقرة الأولى لعدم الحاجة إليه ، وكذلك الفقرة الثانية جميعاً لأنها تقرر حكماً تفصيلاً لا ينعى أن يقرر بعض تشريعي ، فوافقت اللجنة على ذلك . ثم ناقشت الجزء الباقي من المادة ، واستقر الرأي على أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره بعلم . ولكن لما كان من أمراً معبراً الإنسان بحيث أن يؤخذ الوصول قريبة عليه لأنه أكثر انضاضاً ، على أن تكون هذه القرينة ذلة لإثبات العكس ، والطرف الذي وجه إليه التعبير عن الإرادة هو الذي يجعل عبء إثبات العكس . وأصبحت المادة في صيغتها النهائية (م ٩٣ من المشروع النهائي) كما يأتي : وينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قريبة على العلم به إلا أن يقام الدليل على عكس ذلك . وقد وافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٣ . ثم عرضت على لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، فرأت الأغلبية حذفها . ثم أعادت اللجنة النظر فيها فأقرت بإبقاءها ، وأصبح رقمها ٩١ . ووافق مجلس الشيوخ عليها بعد ذلك . (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ١٩ - ص ٢٨) .

ونذكر هنا أن القانون المدني السوري الجديد الذي صدر بعد القانون المدني المصري الجديد بزم من قبل - وعين لنفاذه تاريخ سابق على التاريخ الذي عين لنفاذه القانون المصري نفسه - سار على نهج القانون المصري في العالقة النص من نصوصه وأحكامه . ومن المروق النادرة ما بين القانونين أن القانون السوري لم يقل عن القانون المصري نص المادة ٩١ . ويبدو أنه أراد بذلك أن يجعل التعبير عن الإرادة لا يتأخر لإنتاجه لأثره إلى الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويعزز هذا التفسير أنه جعل التعاقد فيما بين العائنين يتم في المكان الذي صدر فيه القبول (٩٨م من القانون السوري) لا في المكان الذي علم فيه الموجب بالقبول (٩٧م من القانون المصري) . وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام في التعاقد ما بين العائنين .

القانونية للتعبير . وهذا هو المعنى المقصود من إنتاج التعبير لأثره (efficacité) . فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً مثلاً فإنه لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم المتعاقد الآخر الذى يوجه إليه الإيجاب . ومتى وصل إلى علمه أنتج أثره . ومعنى ذلك أن الإيجاب من وقت العلم يعتبر قائماً لا يجوز العدول عنه . وكان قبل العلم أى قبل أن ينتج أثره يجوز فيه العدول ولكن هذا ليس معناه أن الإيجاب الذى أصبح من وقت العلم قائماً لا يجوز العدول عنه . هو إيجاب ملزم لا يجوز الرجوع فيه . فإن الإيجاب الذى لا يجوز العدول عنه ، يجوز مع ذلك الرجوع فيه . ما لم يكن ملزماً . وحتى يكون الإيجاب ملزماً يجب توافر شروط معينة سيأتى الكلام فيها . ومن ذلك يتبين أن العدول لا يكون إلا قبل أن يستكمل الإيجاب وجوده القانونى . أما الرجوع فلا يكون إلا بعد أن يستكمل الإيجاب هذا الوجود بشرط ألا يكون ملزماً ، فإذا كان ملزماً فلا يجوز العدول عنه ولا الرجوع فيه . وإذا كان التعبير عن الإرادة قبولاً مثلاً ، فإنه كذلك لا ينتج أثره إلا من وقت علم الموجب به . وأثر القبول أكثر وضوحاً من أثر الإيجاب ، فإن القبول إذا أنتج أثره كان هذا الأثر هو تمام العقد . ومن ذلك يتبين أن القبول إذا صدر فلا يتم به العقد إلا من وقت وصوله إلى علم الموجب ، وهذه هى نظرية العلم التى سترها فى التعاقد بين الغائبين .

وقد جاءت المادة ٩١ بقريئة قانونية على العلم لما قد ينطوى عليه من خفاء ، فقضت بأن وصول التعبير قريئة على العلم به ، لأن العادة جرت أن الناس إذا وصل إليهم شيء أحاطوا به علماً وقت وصوله . على أن هذه القريئة القانونية ليست قاطعة ، فيجوز لمن وصل إليه التعبير أن يثبت أنه لم يعلم به بالرغم من وصوله ، وهو الذى يحمل عبء الإثبات (١) .

(١) لم تورد المذكرة الإيضاحية للمادة ١٢٥ من المشروع التمهيدى (وهى القابلة للمادة ٩١ من القانون الجديد) الأمر على النحو الذى يناه فى التمس . فهى قد بنت إنتاج التعبير لأثره عند وصوله إلى علم من وجه إليه على فكرة أن الإيجاب ملزم بوجه عام ، فقبل العلم يكون الإيجاب موجوداً وجوداً فعلياً ووجوداً قانونياً ولكن يجوز الرجوع فيه إلى وقت العلم ، ومنذ هذا الوقت يكون ملزماً لا يجوز الرجوع فيه . وكان هذا النظر يمتشى مع المشروع التمهيدى الذى جعل الإيجاب ملزماً (م ١٢٩ من هذا المشروع) . وهذا ماورد فى المذكرة الإيضاحية فى مدد المادة ١٢٥ من المشروع التمهيدى : «تناول هذه المادة تعييناً فى الذى =

ويتبين مما تقدم أن القانون الجديد قطع في أمر كان القانون القديم فيه متردداً ، إذ جعل التعبير عن الإرادة ينتج أثره من وقت العلم به ، وكان القضاء في القانون القديم يتردد بين وقت إعلان التعبير ووقت تصديره ووقت وصوله ووقت العلم به ، وسرى ذلك عند الكلام في التعاقد بين الغائبين .

٨٢ - الموت وفقد الأهلية - أثرهما في التعبير عن الإرادة :

وقد قدمنا أن التعبير عن الإرادة يكون له وجود فعلي من وقت صدوره من صاحبه ، وهذا الوجود الفعلي يبقى له حتى لو مات صاحبه أو فقد أهليته . وهنا اعتبر القانون الجديد أن التعبير عن الإرادة قد انفصل عن صاحبه ما دام قد تم له الوجود الفعلي . فلا يسقط بموت من صدر منه التعبير ولا يفقده لأهليته . وفي هذا ضرب من الأخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة التي تبقى كامنة في نفس صاحبها وتموت بموته وتزول بفقده لأهليته . وإذا اعتبر القانون الجديد ذلك ، فقد رتب على هذا الاعتبار نتيجة هامة خالف فيها القانون القديم . فجعل التعبير يبقى بعد الموت أو فقد الأهلية ، بل ويستكمل وجوده القانوني بوصوله إلى علم من وجه إليه . وهذا ما تقضى به المادة ٩٢ من القانون الجديد ، فهي تنص على ما يأتي : «إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره . فإن ذلك لا يمنع من

= يصبح فيه التعبير عن الإرادة نهائياً لا يجوز العدول عنه (اقرأ : الرجوع فيه) . فن الواجب التمييز بين وجود التعبير ، وهذا الوجود يتحقق وقت صدوره إذ يصبح عملاً قانونياً دائماً لا يتأثر وجوده بوفاء من صدر منه أو يفقد أهليته ، وبين استكمال هذا التعبير لحكمه وتوفر صفة الزوم له تقريباً على ذلك ، وهذا لا يتحقق إلا في الوقت الذي يصل فيه التعبير إلى من وجه إليه » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٩ - ص ٢٠) .

ولما كان المشروع النهائي ، ومعه القانون الجديد ، قد عدل عن جعل الإيجاب ملزماً بوجه عام ، وحذف المادة ١٢٩ من المشروع التمهيدي ، كان من الواجب أن يدخل تعديل في الاعتبارات التي من أجلها لا ينتج التعبير أثره إلا من وقت العلم به ، على النحو المبسوط في المتن .

فرتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل (١) .

وقد كان القضاء المصرى فى ظل القانون القديم يجرى على أن موت صاحب الإرادة أو فقدته لأهليته قبل أن تنتج الإرادة أثرها يستتبع سقوط الإرادة (٢) . ويرجع هذا فى رأينا إلى أن القانون القديم لم يكن يستطيع أن يتصور انفصال الإرادة عن صاحبها ، فهو لا يراها إلا إرادة كامنة فى النفس تموت بموت صاحبها وتزول بفقده لأهليته . ولا شك فى أن حكم القانون الجديد

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :
« لا يؤثر فى صحة التعبير عن الإرادة أن يكون من صدر منه أو من وجه إليه هذا التعبير قد مات أو فقد أهليته ، ما لم يتبين العكس من إرادة الطرفين أو من طبيعة التعامل . » ولما عرض النص على لجنة المراجعة دارت مناقشة طويلة حوله وكان هناك من يرى أن التعبير يفظ إذا مات صاحبه أو فقد أهليته قبل العلم به . وبعد المناقشة جعل هذا الحكم مقصوراً على موت من وجه إليه التعبير أو فقدته لأهليته . وانتهت المناقشة إلى تعديل النص على الوجه الذى استقر فى القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ٩٤ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المسادة دون تعديل تحت رقم ٩٤ . وكذلك وافقت لجنة القانون الدنى لمجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٩٢ ، وجاء فى تقريرها ما يأتى : « اقترح الاستعاضة عن المادة ٩٢ بالنص الآتى : « ينقضى التعبير عن الإرادة بموت صاحبه أو بفقده أهليته قبل أن يتصل التعبير بعلم من وجه إليه ، لأن نص المشروع فى هذه المسألة يخالف المستقر والمألوف فى مصر وفرنسا ، ولأنه قد يفضى إلى الإضرار بورثة المتوفى أو فاقد الأهلية ، إذ قد لا ينسر للورثة أو يمثل فاقد الأهلية الإحاطة فى الوقت المناسب بتصرفات من عبر عن الإرادة . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن التعبير عن الإرادة متى صدر صريحاً ارتبطت به مصاغ لا يجوز إهدارها بسبب حادث طارىء . هو موت من صدر منه هذا التعبير أو فقدته لأهليته ، ولا يبقى بعد ذلك من سند للاقتراح إلا الإبقاء على المألوف ، ولكن اللجنة راعت أن هذا المألوف لا يستند إلى أساس فقهى أو منطق سليم ، بل الفقه والمنطق يقضيان بالاعتراف للتعبير عن الإرادة بكيان ذاتى ، ومثل هذا الوضع أكثر ضماناً لاستقرار المعاملات وحماية المصالح . » وقد وافق مجلس الشيوخ على المسادة كما أقرتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٩ — من ٣٥) .

(٢) أنظر محكمة الاستئناف الوطنية فى ٩ مارس سنة ١٩٣٠ المحاماة ٤ من ٤٤٩ — محكمة طنطا فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية رقم ٣٢ من ٣٠٥ — وكانت المادتان ٧٢/٥٠ من القانون القديم تطبقان هذا المبدأ فى عند الهبة فتتصان على ما يأتى : « تبطل الهبة بموت الواهب أو بفقده أهليته للتصرف قبل قبول الموهوب له » .

ويبدو أن القانون التورى الجديد — وقد سبقت الإشارة إليه — اختار مذهب القانون المدنى القديم ، فلم ينقل عن القانون المدنى الجديد نص مادة ٩٢ ، وأراد بذلك أن يسقط التعبير عن الإرادة بموت صاحبه أو بفقده لأهليته .

في هذه المسألة يفضل حكم القانون القديم من حيث استقرار التعامل . والمثل الآتي يوضح ذلك : شخص في مصر كتب لآخر في فرنسا يعرض عليه صفقة . قبلها الآخر . ولكنه مات قبل أن يصل القبول إلى علم الموجب ، ولم يكن هذا عند وصول القبول إليه يعلم بموت صاحبه . العقد في هذه الحالة يتم وفقاً للقانون الجديد ، وكان لا يتم في ظل القانون القديم . وظاهر أن القول بتمام العقد هو الذي يتفق مع استقرار التعامل . فإن الموجب لا يأخذ عليه إذا هو اطمأن إلى تمام الصفقة ورتب شؤونه على هذا الاعتبار (١) . ويجب على ورثة القابل في هذه الحالة (وعلى القيم في حالة فقد الأهلية) وقد تم العقد أن يقوموا بتنفيذه في الحدود التي تلزم بها الورثة بعقود مورثهم (٢) . وغنى عن البيان أن العقد لا يتم في المثل المتقدم إذا تبين من الإيجاب أو من طبيعة التعامل أن شخص القابل هو محل الاعتبار . فإذا قصد الموجب - وبأن هذا القصد في إيجابه صراحة أو ضمناً - أن العقد لا يتم إلا مع القابل بالذات . أو كان الأمر المعقود عليه تستعصى طبيعته أن يقوم بتنفيذه غير القابل شخصياً . كما إذا كان هذا فناناً وعرض عليه القيام بعمل يدخل في فنه . فإن القبول يسقط بموت القابل (٣) .

(١) هذا ولو اعتبرنا الإيجاب ملزماً كما كان الأمر في المشروع التمهيدى . لأنك تقول أيضاً بتمام العقد في الفرض الآتي : شخص في مصر كتب لآخر في فرنسا يعرض عليه صفقة ، ومات الموجب قبل أن يصل الكتاب إلى الطرف الآخر ، ولم يكن هذا عند وصول الكتاب إليه يعلم بموت الموجب ، فقبل الصفقة .

والسبب في أن الصفقة لا تتم في هذا الفرض إذا لم تعتبر الإيجاب ملزماً هو أن القبول لا يصل إلى الموجب إلا بعد موته ، ومن ثم فلا ينتج أثره . أما إذا اعتبرنا الإيجاب ملزماً ومات الموجب ، فإن التزامه بالبقاء على إيجابه ينتقل إلى ورثته ، فإذا وصلم القبول أنتج أثره . وعلى هذا الأساس الأسس الأخيرة المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ كان الإيجاب ملزماً في هذا المشروع .

(٢) ولما كان القانون الجديد قد استحدث هذا الحكم ، فلا يكون له أثر رجعي . وإن القابل مات أو فقد أهليته قبل نفاذ القانون الجديد (أى قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) ، فإن قبوله يسقط بالموت أو بفقد الأهلية طبقاً للقانون القديم . لكن إذا صدر القبول قبل نفاذ القانون الجديد ومات القابل أو فقد أهليته بعد نفاذه ، فإن القبول لا يسقط بالموت أو فقد الأهلية طبقاً للقانون الجديد ، وذلك تطبيقاً لنظرية الأثر الفوري (effet immédiat) .

(٣) وقد سارت المذكرة الإيضاحية للمادة ١٢٦ من المشروع التمهيدى (وهي التي تقابل المادة ٩٢ من القانون الجديد) على الأساس الذي سارت عليه في المادة السابقة ، فاعتبرت أن عدم شرط التعبير لمع أو فقد الأهلية إنما جاء نتيجة منسجمة مع الإيجاب ملزماً ، وليس

كل هذا بخلاف من وجه إليه القبول ، فإنه إذا فقد أهليته أو مات قبل وصول القبول إلى علمه فإن العقد لا يتم ، لأن القبول في هذه الحالة لا يمكن أن ينتج أثره ، إذ هو لن يصل إلى علم من وجه إليه بعد أن مات ، فيبقى الإيجاب دون قبول ولا يتم العقد (١) .

== في هذا الصدد ما يأتي : « يقضى النسخ بأن التعبير عن الإرادة لا يسقط بموت من صدر منه أو فقد أهليته . وهذا الحكم ليس إلا نتيجة منطقية لازوم التعبير عن الإرادة . فالالتزام بالإبقاء على التعبير ، أو بعبارة أدق بالارتباط به ، يظل قائماً بعد الموت أو فقد الأهلية ، شأنه في ذلك شأن أى التزام آخر . فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً وفقد الموجب أهليته قبل صدور القبول ، وجه القبول بداهة إلى نائبه لا إلى شخصه » .

وهذا التعليل إذا صلح في قانون ينص الإيجاب ملزماً بوجه عام كما كان الأمر في المشروع التمهيدي ، فهو لا يصلح تعليل في قانون لا يعتبر الإيجاب ملزماً إلا في حالات خاصة . على أن المذكرة الإيضاحية سارت إلى مدى أبعد في تقرير عدم سقوط التعبير بالموت أو فقد الأهلية حتى لو لم يكن التعبير ملزماً ، إذ قالت : « ووجود التعبير ، حتى قبل أن يصبح لازماً ، لا يتأثر هو أيضاً بالموت أو بفقد الأهلية ... وغنى عن البيان أن حق العدول ينتقل إلى وريثة الشخص أو ممثله إذا حدثت الوفاة أو طرأ فقد الأهلية قبل وصول التعبير » . وهذه الفقرة من المذكرة الإيضاحية تصلح تفسيراً صحيحاً للقانون الجديد ، ويضاف إليها أن حق الرجوع في الإيجاب ينتقل هو أيضاً إلى وريثة الشخص أو ممثله إذا حدثت الوفاة أو طرأ فقد الأهلية مد وصول التعبير ، وذلك في الحالات التي لا يكون فيها الإيجاب ملزماً . (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١) .

(١) وكان المشروع التمهيدي (م ١٢٦) يقرر غير ذلك ، على الوجه الذي نبأه فيما تقدم . ولكن المشروع النهائي عدل النص على الوجه الذي رأيناه في القانون الجديد كما أسلفنا القول . وقد كان القانون القديم يستثنى عقد الهبة من المبدأ القاضي بأن موت من وجه إليه التعبير أو فقد أهليته يسقط التعبير ، فكانت المادتان ٧٣/٥١ من هذا القانون تنصان على أنه « يسوغ أن يحصل قبول الهبة من وريثة الموهوب له إذا كان قد توفي قبل القبول ، وفي حالة الهبة لمن ليس أهلاً للقبول يصبح قبولها ممن يقوم مقامه » . ولم يرد لهذا النص القديم مقابل في القانون الجديد ، فلا يؤخذ الآن بهذا الحكم الاستثنائي إذ لانس عليه .

هذا ، ويجب التمييز بين المبدأين اللذين أخذ بهما القانون الجديد . فهو من جهة قرر أن التعبير عن الإرادة لا يسقط بموت صاحبه . وهو من جهة أخرى قرر أن هذا التعبير لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه . ولكل من هذين المبدأين نطاقه الخاص . ويتربط على الجمع بينهما ما يأتي : (١) إذا صدر تعبير من الموجب ، ومات هذا قبل أن يصل الإيجاب إلى علم الطرف الآخر ، فإن التعبير يبقى قائماً ولهذا الطرف الآخر أن يقبل الإيجاب . ولكن هذا القبول لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم الموجب ، وهذا قد مات فلا يتم العقد . (٢) إذا صدر قبول من الطرف الآخر ومات هذا ، بقي قبوله قائماً ، ومعنى وصل إلى علم الموجب ثم العقد . لكن إذا مات للموجب قبل أن يصل القبول إلى علمه ، فإن القبول لا ينتج أثره ولا يتم العقد .

§ ٢ - النيابة في التعاقد (*)

(التعبير الصادر من النائب)

٨٣ - **مهربر :** التعبير الصادر من النائب - من حيث إنه تعبير عن الإرادة - يخضع لجميع القواعد التي أسلفناها ، فيكون صريحاً أو ضمنياً ، ويرد فيه الأخذ بالإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة ، وينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ولا يسقط بموت النائب أو فقدته لأهليته . كل ذلك على التفصيل الذي قدمناه . وهو - من حيث إنه تعبير يصدر من النائب لا من الأصل - يقتضينا الكلام في نظرية النيابة .

والنيابة (représentation) هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصل مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو (١) .

* بعض المراجع الرئيسية : ديوج في الاتراعات ١ ص ٨٩ - م ١٥٥ - بلانيول وريبر وإسمان ١ ص ٥٤ - م ٦٧ - ييلون (Pilon) رسالة من كان (Caen) سنة ١٨٩٨ - أودينو (Audinot) في النيابة القاصرة رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ - كورسكو (Corbesco) رسالة من باريس سنة ١٩١٣ - بولاند (Roland) رسالة من لييج سنة ١٩٢٧ - بوبسكو رامنيانو (Pobesco Ramnicéano) رسالة في النيابة في القانون القارن سنة ١٩٢٧ - كلاريز (Clarise) رسالة من ليل سنة ١٩٤٩ مجلة جمعية التشريع القارن سنة ١٩٢٨ ص ٩٠ وما بعدها - الترجمة الفرنسية للقانون الألماني الجزء الأول ص ٢٠١ - ص ٢٤٢ - نظرية المقعد للمؤلف م ٢٠٦ وما بعدها - الدكتور حلمي بهجت بدوى بك ص ٧٥ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك ص ٩١ وما بعدها .

(١) إذا كانت النيابة تبدو في القانون الحديث نظاماً منطقياً معقولاً ، فإن الأمر لم يكن كذلك في القوانين القديمة . فقد كانت هذه القوانين تستصحب على فكرة النيابة ، ولم تسلم بها إلا تدرجاً وفي حدود معينة .

كان القانون الروماني يعترف من قديم بنبابة الابن والعبد عن رب الأسرة ، ولكن في جعله دائماً لا مديناً . ثم أخذ يعترف بنبابتهما في جعل رب الأسرة مديناً أيضاً . ولكن في حدود معينة . أما غير الابن والعبد فلم يكن لأن يوب عن غيره ممن لا يخضع لسلطته لا دائماً ولا مديناً . فإذا وكل شخص آخر في عمل يقوم به مع الغير ، فالغير لا يعرف إلا الوكيل يرجع عليه ، وكذلك الموكل لا يعرف إلا الوكيل ، ولم تكن هناك علاقة مباشرة بين الغير والموكل . ثم تطور القانون بنصر لمع دعوى قبل الموكل مع استيفاء دعواه الأنابية قبل الوكيل ، مالم يكن النائب وكيلاً بحكم القانون كالوصي والقيم ، فقد كان يعطى دعماً لدعوى الغير ، وفي =

والنيابة - بالنسبة إلى المصدر الذى يحدد نطاقها - تكون أما نيابة قانونية إذ كان القانون هو الذى يحدد هذا النطاق ، كما فى الولى والوصى والقيم والسنديك والحارس القضائى والفضولى والدائن الذى يستعمل حق المدين . وإما أن تكون نيابة اتفاقية إذا كان الاتفاق هو الذى يتولى تحديد نطاقها ، ويتحقق هذا فى عقد الوكالة (١) .

والفكرة الجديدة التى اهتدى إليها الفقه الحديث فى موضوع النيابة هى أن من ينوب عن غيره إنما يحل إرادته هو محل إرادة من ينوب عنه . وقد هجر الرأى القديم الذى كان يذهب إلى أن النائب إنما يتقمص شخص الأصيل ، فيتكلم بلسانه ويعبر عن إرادته . وأصبح الفقه الحديث يذهب إلى أن التعبير الذى يصدر من النائب إنما هو تعبير عن إرادة النائب لا عن إرادة الأصيل ،

== هذه الحالة كان الغير لا يستطيع الرجوع إلا على الأصيل فكانت النيابة كاملة . أما أن يعطى الموكل دعوى قبل الغير ، أى أن يصبح الشخص دائئاً بركيل ، فهذا ما لم يتم فى القانون الرومانى إلا فى حالات معينة منها حالة النيابة القانونية . وبقي الوكيل هو الدائن للغير ، وبوذى بعد ذلك حساباً للموكل فيكون مديناً له (أنظر جريار ص ٦٧٨ ، ص ٦٩٠ - وانظر فى القانون الفرنسى القديم برسو (Brissaud) ص ١٤٤٢ وما بعدها) .

وفى الشريعة الإسلامية اختلفت المذاهب فى هذا الموضوع . فأبو حنيفة يرجع حكم العقد إلى الموكل ، أما حقوق العقد فترجع إلى الوكيل ، وهو فى هذا قريب من القانون الرومانى على النحو الذى تقدم . والشافعى يرجع حكم العقد وحقوقه إلى الموكل دون الوكيل ، وهو فى هذا يتفق مع القانون الحديث (أنظر البدائع ٦ ص ٣٣ - ٣٤) .

(١) وقد ينظر إلى النيابة بالنسبة إلى المصدر الذى يضى على النائب صفة النيابة . فتكون قانونية كما فى الولى ، فإن القانون هو الذى يعين الأولياء . وتكون قضائية كما فى الوصى والقيم والحارس القضائى ، فإن جبة قضائية هى التى تختار هؤلاء . وتكون اتفاقية كما فى الوكيل ، فإن العقد هو الذى يعينه . ومن ثم تكون نيابة الوكيل نيابة اتفاقية بالنسبة إلى المصدر الذى يحدد نطاقها وبالنسبة إلى المصدر الذى يضى صفة النيابة . وتكون نيابة كل من الولى والفضولى والدائن نيابة قانونية بالمعنيين معاً . وتكون نيابة كل من الوصى والقيم والحارس والسنديك نيابة قانونية بالمعى الأول ونيابة قضائية بالمعى الثانى .

وقد كان المشروع التهيدى يشتمل على نصين حذفنا من المشروع النهائى لوضوح حكمهما . فكانت المادة ١٥٥ من المشروع التهيدى تنص على ما يأتى : «يجوز التعاقد بالإسالة أو بطريق النيابة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك» . وكانت المادة ١٥٦ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : «١٥ - النيابة اتفاقية أو قانونية . ٢ - يحدد التفويض الصادر من الأصيل نطاق سلطة النائب عندما تكون النيابة اتفاقية ، فإذا كانت قانونية فالقانون هو الذى يحدد تلك السلطة» . (أنظر فى هذا وفى المذكرة الإيضاحية لهذين النصين المحذوفين مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٠ - ٩١) .

وذلك بالقدر الذى لا يتلقى فيه النائب من الأصل تعليمات محددة فينفذها كما تلقاها . إذ يكون في هذه الحدود معبراً عن إرادة الأصل لا عن إرادته هو (١). والخصوصية في التعبير الذى يصدر من النائب مترجماً عن إرادته

(١) وهذا هو الفرق ما بين النائب والرسول كما سنرى ، فالنائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصل ، أما الرسول فيعبر عن إرادة المرسل لا عن إرادته هو . فإذا تلقى النائب تعليمات محددة من الأصل ، كان رسولاً في حدود هذه التعليمات ونائباً في خارج هذه الحدود (أنظر في هذا المعنى بلانويول وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٧) .

ويذهب الدكتور حلمي بهجت بدوى إلى وجوب التمييز بين النيابة الاتفاقية والنيابة القانونية. ففي الأولى تشترك إرادة الأصل والنائب في إبطاء العقد ، ونتيجة هذا الاشتراك توزع شروط الإرادة على هاتين الإرادتين بقدر مساهمتها في إبطاء العقد . أما في النيابة القانونية وللعقد يتعقد بإرادة النائب وحده ، ولكن أثر العقد هو حكم من أحكام القانون ينصرف إلى الأصل (الدكتور حلمي بهجت بدوى ص ٧٩ - ٨٠ - وانظر في النظريات المختلفة التى تقول باشتراك إرادتي النائب والأصل في إبرام العقد ديوج ١ ص ١٤٧ - ١٥٠) .

وانظر أيضاً في النظريات المختلفة في طبيعة النيابة ، وهل النائب يتقمص شخص الأصل عن طريق الافتراض القانوني (fiction) كما هو الرأى القديم ، أو أن النائب ليس إلا رسولاً كما يقول سافيني ، أو أن إرادة النائب تعمل على إرادة الأصل كما يقول إهرنغ ، أو أن إرادته تشترك مع إرادة الأصل كما يقول مينيبس (Mittens) ، إلى رسالة حديثة في النيابة والدور الذى تقوم به في إنشاء الالتزامات للدكتور جان كلاريز (Jean Charise) أيل سنة ١٩٤٩ ص ١٤٧ - ص ١٦٥ . ويذهب الدكتور كلاريز صاحب هذه الرسالة إلى أن إرادة النائب وحدها ، أو مشتركة مع إرادة الأصل ، هى التى تحدد نطاق الالتزام (contenu de l'obligation) ، أما الذى يخلق الرابطة القانونية (lien de droit) ما بين نطاق الالتزام وذمة الأصل فهى إرادة الأصل في النيابة الاتفاقية والقانون ذاته في النيابة القانونية (أنظر الرسالة للتقدمة الذكر ص ١٦٧ - ص ١٧٨) . وانظر في رأى للأستاذ بولانجييه (Boulanger) يذهب إلى أن إرادة النائب تشترك مع إرادة الأصل إذا كان عقد الوكالة هو مصدر النيابة ، أما إذا كان مصدرها القانون أو انحصار فإرادة النائب تعمل على إرادة الأصل ، إلى المقدمة التى وضعها الأستاذ بولانجييه للرسالة المذكورة .

ويشير الدكتور كلاريز في رسالته (ص ١٣٧ - ص ١٤٠ و ص ٢٢٣) إلى جواز أن تكون النيابة في عمل مادي (fait matériel) لا في عمل قانوني (acte juridique) ، ويضرب مثلاً لذلك نيابة التاجر عن المتبوع فيما يرتكب الأول من خطأ يسأل عنه التاجر ، وتشبوع في هذه الحالة يكون مشولاً عن تابعه لأن هذا يعتبر نائباً عنه لا في الأعمال القانونية حسب بل وفي الأعمال المادية (أنظر في هذا المعنى شيروني (Chironi) في المشولية اللاعقدية جزء أول فقرة ١٥٦ وما بعدها - مازو جزء أول فقرة ٩٣٤ وما بعدها) . وتكون النيابة على هذا الأساس إما نيابة في الإرادة كنيابة الوكيل عن الموكل ، أو نيابة في المصلحة كنيابة الولي عن الصغير ، أو نيابة في العمل كنيابة التابع عن المتبوع ونيابة الفضولي عن رب العمل إذا كان العمل الذى قام به الفضولي عملاً مادياً .

هو أن هذا التعبير ينتج أثره لافى شخص صاحبه كما هو الحال فى كل تعبير عن الإرادة ، بل فى شخص غيره وهو الأصيل .

والنيابة لا تتحقق إلا بشروط معينة . ولها آثار خاصة . وقد ينوب شخص واحد عن طرفى العقد فتحل إرادته محل إرادتهما معاً ، أو يتعاقد أصيلاً عن نفسه نائباً عن غيره . فيبدو فى الفرضين أن الشخص يتعاقد مع نفسه ، وهذه حالة هامة من أحوال النيابة نفرد لها بالذكر .

فتتكمّل إذن فى مسائل ثلاث : (١) شروط تحقق النيابة (ب) آثار النيابة (ج) تعاقد الشخص مع نفسه .

١ - شروط تحقق النيابة

٨٤ - **مصرفه الشروط :** حتى تكون هناك نيابة يجب :

- (أولاً) أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل .
- (ثانياً) وأن تجرى إرادة النائب فى الحدود المرسومة للنيابة .
- (ثالثاً) وأن يكون التعامل باسم الأصيل لا باسم النائب .

الشرط الأول - حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل :

٨٥ - **النائب والرسول :** تقدم القول أن النائب إنما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، فهو ليس بمجرد وسيط بين الأصيل والغير يقتصر على نقل إرادة كل منهما إلى الآخر ، وإلا كان رسولا (messenger) . وهناك فرق بين التعاقد بنائب والتعاقد برسول . فى الحالة الأولى يتعاقد الأصيل بنائب عنه . ويعتبر التعاقد بين حاضرين إذا جمع النائب والمتعاقد الآخر مجلس واحد ، والعبرة بإرادة النائب فلا يصح أن يكون مجنوناً أو غير مميز ، ويعتد بالعيوب التى تلحق هذه الإرادة . أما فى الحالة الثانية فالأصيل يتعاقد بنفسه ، والتعاقد يكون بين غائبين حتى لو جمع الرسول والمتعاقد الآخر مجلس واحد ، والعبرة بإرادة الأصيل إذ الرسول يعبر عن هذه الإرادة فيصح أن يكون مجنوناً أو غير مميز ما دام يقدر مادياً على نقل هذه الإرادة ويستطيع تبليغ الرسالة صحيحة ، ولا ينظر فى عيوب الرضاء إلى إرادة الرسول بل إلى إرادة المرسل .

٨٦ - العبرة بإرادة النائب وبنيته : ومن ذلك نرى أن مجرد الوساطة لا تكفي لتحقيق النيابة . بل يجب لتحقيقها أن يكون النائب معبراً عن إرادته هو لا عن إرادة من ينوب عنه . ويترتب على ذلك : (١) أن عيوب الرضاء ينظر فيها إلى إرادة النائب لا إلى إرادة الأصل . فإذا وقع النائب في غلط أو تدليس أو إكراه كان العقد قابلاً للإبطال ، ولا يعترض على هذا بأن إرادة الأصل لم يشبها عيب من هذه العيوب . كذلك يعتد بالتدليس والإكراه الصادرين من النائب فتصح إرادة من تعاقد معه معينة . وإذا وقع التدليس أو الإكراه من الأصل فإنه يؤثر كذلك في صحة العقد ، لأن التدليس والإكراه يؤثران في صحة العقد حتى لو وقعا من الغير فأولى أن يؤثرا في صحة العقد إذا وقعا من الأصل . (٢) أن حسن النية وسوءها يتلمان عند النائب لا عند الأصل . وذلك في الأحوال التي يترتب فيها القانون أثراً على ذلك . فإذا كان النائب حسن النية وتعامل مع مدين معسر ، فلا يجوز لدائني هذا المدين الطعن في التصرف بالدعوى البوليصة . أما إذا كان النائب سيئ النية وتواطأ مع المدين المعسر . فللدائنين الطعن في التصرف حتى لو كان الأصل حسن النية .

وقد ينظر في بعض الفروض إلى نية الأصل . ويتحقق ذلك إذا كان النائب يتصرف وفقاً لتعليمات محددة صدرت له من الأصل . فإذا وكل شخص آخر في شراء شيء معين بالذات ، وكان الموكل يعلم بما فيه من العيب والوكيل يجهل ذلك . فلا يجوز في هذه الحالة للموكل أن يرجع على البائع بدعوى العيب . ونرى أن هذا القدر في اعتبار نية الأصل كاف في تعيين الدور الذي يقوم به كل من الأصل والنائب في إبرام العقد . فالأصل أن العقد يتعقد بإرادة النائب لا بإرادة الأصل ، على أن إرادة الأصل تكون محل اعتبار فيما يختص بعلمه وفيما يوجه فيه النائب ، إذ أن النائب في هذه الحالة يكون بمثابة الرسول (١) .

وقد أورد القانون الجديد كل هذه الأحكام ، فنص في المادة ١٠٤ على ما يأتي :

(١) قارن ديموج ١ فقرة ١٤٧ - فقرة ١٥٠ ، والدكتور حلى بهجت بدوى ص ٧٩ - ص ٨٠ ، والدكتور أحمد حنانت أبو ستيت ص ٩٣ - ص ٩٤ .

١- إذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أوفى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حكماً .

٢- ومع ذلك إذا كان النائب وكيلاً ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجعل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حكماً أن يعلمها (١) .

ولم يكن في القانون القديم مقابل لهذا النص ، ولكن القضاء والفقه في

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٧ من المشروع التمهيدي على النحو الآتي : « يكون شخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر في صحة التعبير عن الإرادة ، ومدى ما يتأثر به هذا التعبير من وجود عيب في الإرادة ، أو من العلم ببعض الظروف الخاصة أو وجوب العلم بها » . ولما عرض على لجنة المراجعة ، اقترح استكمال الحكم بما يسمح في بعض الأحوال بأن يعتد بإرادة الأصل إلى جانب إرادة النائب ، وقدمت المادة في المشروع النهائي تحت رقم ١٠٧ بالنسبة الآتي : ١ - إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو وجوب العلم بها . ٢ - ومع ذلك إذا كان النائب وكيلاً ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجعل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان يستطيع أن يعلمها . وقد وافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٧ . ووافقت لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ على النص بعد تعديل جاء عنه في تقريرها ما يأتي : « عدلت العبارة الأخيرة في الفقرة الأولى فأستعض عن التعبير ، « بوجوب العلم بها » بالتعبير « بافتراض العلم بها حكماً » ، حتى تكون دلالة النص أضيق . وعدلت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية تعديلاً يمتشى مع ما تقرر بالنسبة إلى الفقرة الأولى » . وأصبح رقم المادة : ١٠٥ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي و هذا التصدد ما يأتي : « ليست الأحكام الواردة في هذه المادة سوى تطبيقات للنظرية الحديثة في النيابة القانونية . فإدامت إرادة النائب هي التي تنشط لإبرام العقد بجميع ما يلائمها من ظروف ، فيجب أن يناط الحكم على صحة التعاقد بهذه الإرادة وحدها دون إرادة الأصل . وعلى هذا النحو يكون للعيوب التي تلحق إرادة النائب أثرها في التعاقد . فإذا انتزع رضاه بالإكراه ، أو صدر بتأثير غلط أو تدليس ، كان العقد قابلاً للإبطال لمصلحة الأصل ، رغم أن إرادته براء من شوائب العيب . أما فيما ينسب بالظروف التي تؤثر في الآثار القانونية للتعاقد فيجب أيضاً أن يكون مرجع الحكم عليها شخص النائب لا شخص الأصل ، وعلى ذلك يجوز أن يضمن بالدعوى البوليصة في بيع صادر من مدين معسر ترواطاً مع نائب المشتري ولو أن الأصل ظل بمنزلة عن هذا التواضع » . (أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٠ - ص ٩٥) .

مصر كان يعطلان دون نص يقتضي هذه الأحكام (١) .

٨٧ - أما الأهلية فنظر فيها للأصيل : ولا يتخذ من أن النائب إنما

يعبر عن إرادته أنه يجب أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة للعقد الذي يباشره نيابة عن لأصيل . ذلك لأن العقد إذا كان يعقد بإرادة النائب فإنه ينتج أثره في شخص الأصيل . فالأصيل لا النائب هو الذي يجب أن تتوافر فيه الأهلية للعقد (٢) .

وإذا كانت الأهلية تشترط في الأصيل . فهي لا تشترط في النائب كما قدمنا . فيصح أن يتوب قاصر أو محجور عليه في بيع منزل مملوك لشخص تتوافر فيه أهلية التصرف (٣) . ولكن النائب يجب أن يكون أهلاً لأن تصدر منه إرادة مستقلة لأنه يعبر عن إرادته هو ، فيجب إذن أن يكون مميزاً ولو كان قاصراً . ولكن إذا كان الوكيل قاصراً جاز له أن يطلب إبطال عقد الوكالة . فلا يرجع الموكل عليه إلا بدعوى الإثراء بلا سبب أو بدعوى الفضالة (٤) .

وكل هذا ما لم تكن النيابة قانونية . فإن القانون في هذا النوع من النيابة

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧٠ س ٢٧٧ - نظرية العقد للوئلى فقرة ٢٠٦ .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥٠ س ١٦١ . والعبرة في توافر الأهلية في الأصيل بالوقت الذي يباشر فيه النائب العقد ، فلو أن الأصيل لم يكن أهلاً هذا العقد وقت إعطاء التوكيل ، وكان أهلاً له وقت مباشرة الوكيل للعقد ، صح العقد . ولا يصح إذا كان الأصيل أهلاً وقت التوكيل وغير أهل وقت مباشرة العقد .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز لاسميه المحجور عليه أن يكون وكيلاً عن الغير ، ولا تشترط فيه أهلية خاصة ، لأنه لا يعمل باسمه بل باسم موكله (٨ يونيو سنة ١٩١٥ الجمعية الرسية ١٦ س ١٤٨) .

(٤) ويلاحظ أنه إذا اختار الوكيل القاصر أن يطل عقد الوكالة ، فإن نيابته المستمدة من هذا العقد تبطل بطلان العقد ، ويصح أن يتقلب إلى فضولي إذا توافرت شروط الفضالة . هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المتروحة انتهى ، في صدد توافر الأهلية في الأصيل دون النائب ، ما يأتي : « وعلى تقيس تقدم يعتد في الحكم على الأهلية بشخص الأصيل دون النائب . فإذا كان الأصيل أهلاً للعقد بالأصالة ، صح تعاقد النائب عنه ولو لم يكن هذا النائب كامل الأهلية . وقد يكون مصدر النيابة في الصورة الأخيرة وكالة ، فادام النائب غير أهل لعقد ، كان عقد الوكالة وحده قابلاً للإبطال » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ س ٩٢) .

هو الذى أضفى على النائب صفته ، وهو الذى يعين أهليته وأهلية الأصيل .
فيجوز أن يكون الأصيل قاصراً — مميزاً أو غير مميز — كما يجوز أن يطلب من
النائب كمال الأهلية ، ويتحقق هذا فى الوصاية والقوامة .

الشرط الثانى — استعمال النائب إرادته فى الحدود المرسومة للنيابة :

٨٨ — مجاوزة النائب لحدود نيابته : وإذا كان النائب يعبر عن إرادته
هو لاعتراض إرادة الأصيل ، فإنه يجب أن يعبر عن هذه الإرادة فى حدود نيابته ، وهى
الحدود التى عينها القانون أو الاتفاق . فإذا جاوز هذه الحدود فقد صفة النيابة
ولا ينتج العمل الذى قام به أثره بالنسبة إلى الأصيل .

على أن العمل ينتج استثناء أثره بالنسبة إلى الأصيل إذا كان الغير الذى
نعامل مع النائب حسن النية ، أى لا يعلم بمجاوزة حدود النيابة ، وكانت
لديه أسباب قوية تدعوه إلى الاعتقاد بأن النائب قد تعاقد فى حدود نيابته .
مثل ذلك أن يكون النائب قد خولت له نيابة مستمرة ، كعملاء التأمين
ومديرى الشركات ووكلاء الدوائر ، وأن يكون العمل الذى قام به يدخل
عادة فى حدود نيابته . ومثل ذلك أيضاً أن يبقى الأصيل سند النيابة فى يد
النائب بعد انتهاء النيابة ، فيتعامل الغير مع النائب الذى انتهت نيابته مطمئناً إلى
هذا السند (١) .

(١) وكان المشروع التمهيدي يشتمل على نص يغول للغير أن يطلب من النائب صورة من
سند نيابته ، فكانت المادة ١٥٨ فقرة ثانية من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « ولئن تعاقد
مع النائب أن يطلب منه إثبات نيابته ، فإذا كانت النيابة ثابتة بعقد مكتوب فله أن يحصل منه
على صورة مطابقة للأصل تحمل توقيعه » . وبقي هذا النص فى المشروع النهائى وفى المشروع
الذى وافق عليه مجلس النواب . ولما عرض على لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قررت هذه
اللجنة حذفه ، « إذ اعترض عليه بأنه لا فائدة منه إطلاقاً ، على أن سند النيابة قد يكون عرفياً ،
فإذا أريد الإبقاء على هذه الفقرة فيجب أن ينص فيها على أن يكون سند النيابة رسمياً ، لاسيما
أن لهذه المادة مقابلاً فى القانون الحالى وهى المادة ٥١٨ مدنى — وكانت المادتان ١٨/٥١٨ و ٦٣٤
من القانون القديم تقضيان بالحق لمن يعامل الوكيل فى أن يطلب منه صورة رسمية من سند
التوكيل — ولا تبت من المناقشة أن هذه الفقرة لا ضرورة لها لأن الشخص الذى يتعاقد مع
نائب عن الغير تقضى عليه الظروف بالاحتياط والحسنة فى معاملته ، فقد يكتفى بسند عرفى ،
وقد يصير على طلب سند رسمى ، وقد يصرف النظر عن هذا وذلك ، فالمرجع فى هذا الخصوص
إلى رغبة المتعاقدين مع النائب عن الغير » . وجاء فى تقرير اللجنة : « حذفت الفقرة الثانية من
هذه المادة لأنها تتناول مسألة عملية تفصيلية ، فى القواعد العامة ما بقى عن النص عليها » . ووافق =

وقد اشتمل القانون الجديد على نصين هما تطبيقان للمبدأ المتقدم . (أولهما) هو الخاص بحالة انقضاء النيابة وكان النائب ومن تعاقد معه مجهلان هذا الانقضاء . فنصت المادة ١٠٧ على أنه «إذا كان النائب ومن تعاقد معه مجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذى يبرمه ، حقاً كان أو التزاماً ، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه (١)» . مثل ذلك أن يعزل الأصيل النائب دون أن يعلم هذا بالعزل ، أو أن يموت الأصيل دون أن يعلم النائب بموته ، فيتعاقد النائب مع الغير دون أن يعلم الغير بعزل النائب أو بموت الأصيل . و(النص الثانى) ورد فى عقد الوكالة ، إذ تنص المادة ٧٠٣ على ما يأتى : « ١ - الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يتجاوز حدودها المرسومة .

٢ - على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا لوافق

= مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة . (أنظر فى كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ، ص ٩٥ - ص ٩٧) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للنس المحذوف ما يأتى : « فإذا احتفظ النائب بسند نيابته بعد انقضائها ، كان لمن تعاقد معه بناء على ثقته فى هذا السند حتى التمسك بالنيابة . ويستوى فى هذه الحالة أن يكون النائب عالماً وقت العقد بانقضاء نيابته أو أن يكون جاهلاً بهذه الواقعة . وقد روعى فى تقرير هذه القاعدة ما هو ملحوظ من خطأ الأصيل فى عدم سحب السند من النائب بعد انقضاء النيابة مباشرة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٢ - ص ١٠٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٦٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « مادام النائب لم يعلم بانقضاء نيابته ، فإن أثر العقد الذى يبرمه ، حقاً كان أو التزاماً ، ينصرف إلى الأصيل وخلفائه كما لو كانت النيابة لا تزال باقية ، هذا إذا كان الغير الذى تعاقد معه النائب مجهول هو أيضاً أن النيابة قد انقضت » . ولما عرست المادة على لجنة المراجعة أقرتها بعد أن أبدلت عبارة « ينصرف إلى الأصيل » بعبارة « يضاف إلى الأصيل » ، وأصبح رقم المادة ١١٠ فى المشروع التام . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١١٠ . وعدلت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ صياغة المادة إلى الوجه الذى استقرت عليه فى القانون حتى يكون المعنى أوضح دون ماس بجوهر الحكم ، وأصبح رقم المادة ١٠٧ ، ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة - هذا ، وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « قد تنقضى النيابة دون أن يعلم النائب بذلك ، كما إذا كان مجهول موت الأصيل أو إلغاء التوكيل . فإذا تعاقد فى هاتين الحالتين مع شخص حسن النية لا يعلم بانقضاء النيابة ، كان تعاقد ملزماً للأصيل وخلفائه . وقد قصد من تقرير هذا الحكم إلى توفير ما ينبنى المعاملات من أسباب الثقة والاستقرار » . (أنظر فى كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٢ - ص ١٠٤) .

على هذا التصرف . وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل بخروجه عن حدود الوكالة (١) .

٨٩ - إقرار الأصل لمزيد المجاوزة : فإذا جاوز النائب حدود النيابة ولم ينتج العمل الذي قام به أثره في حق الأصل في إحدى الصور المتقدمة الذكر ، ولم يكن من المستطاع اعتبار النائب فضولياً لعدم توافر شروط الفضالة ، اعتبر الأصل أجنياً عن هذا العمل . ورجع الغير على النائب بالتعويض إذا كان له محل .

ولكن قد يقر الأصل العمل المجاوز لحدود النيابة . فيصبح كأنه قد تم في حدودها ، ويتقيد به الأصل والغير من وقت التعاقد لا من وقت الإقرار (٢).

الشرط الثالث - تعامل النائب باسم الأصل :

٩٠ - الاسم المستعار أو المسخر (prête-nom) : ولا يكتفى أن يكون النائب معبراً عن إرادته في حدود النيابة ، بل يجب أيضاً أن يكون تعامله مع الغير باسم الأصل . فلو تعامل الوكيل باسمه لما كانت هناك نيابة ، وتكون الوكالة مقصورة على علاقة الوكيل بالموكل . وهذا هو ما يعرف بالاسم المستعار أو المسخر . ومن ثم يضاف أثر العقد إلى الوكيل دائماً أو مديناً ولا يضاف إلى الموكل . ويرجع الموكل على الوكيل بمقتضى عقد الوكالة الذي تم بينهما .

(١) ولاحظ أنه في الفرضين الأولين — النيابة المستمرة وبقاء سند النيابة في يد النائب — ينتج عمل النائب أثره بالنسبة إلى الأصل لأن هذا قد ارتكب خطأ ، فيكون تقاذ عمل النائب في حقه بمثابة التعويض . أما في الفرضين الآخرين — جهل النائب والغير لا قضاء النيابة والظروف التي يطلب معها الظن أن الموكل يوافق على تصرف الوكيل — فتقاذ عمل النائب في حق الأصل إنما هو تطبيق لقواعد الفضالة .

(٢) فلو كان النائب وكيلاً وجاوز حدود الوكالة ، جاز القول إنه نصب نفسه وكيلاً بإرادته المنفردة فيما جاوز فيه حدود الوكالة . على أن يقره الموكل بعد ذلك . ويكون مصدر النيابة في هذه الحالة هو القانون ، فقد جعل الوكيل — بناء على إرادته — نائباً فيما يجاوز حدود الوكالة . والنيابة هنا ليست متعززة ، بل هي ملزمة على شرط مؤقت هو أن يصدر إقرار من الموكل .

ومع ذلك يضاف أثر العقد إلى الأصل في حالتين : (١) إذا كان من المفروض حتماً أن الغير يعلم بوجود النيابة . (٢) أو كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الأصل أو النائب . وقد اشتملت المادة ١٠٦ من القانون المدني الجديد على هذه الأحكام . فنصت على ما يأتي : « إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً . فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصل ، دائماً أو مديناً . إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة . أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصل أو النائب » (١) .

٩١ - التعاقد باسم الأصل : فيجب إذن وقت أن يتعاقد النائب مع الغير أن يتعامل باسم الأصل ولحسابه . وهذه النية قد يفصح عنها . أو قد تفهم ضمناً من الظروف ، كما إذا باع مستخدم بضاعة مخدومه في محل هذا المخدوم ، وكان الخادم يتعاقد عن سيده . وكقبطان السفينة يتعاقد عن صاحبها . والتعاقد باسم الأصل يجب أن يتحقق أيضاً عند الغير الذي يتعاقد مع النائب . فإذا كان النائب يعمل باسم الأصل . ولكن الغير يتعامل معه

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٠٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا لم يعلن العاقد وقت تمام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، ولا ينصرف أثر العقد مباشرة إلى الأصل ، دائماً أو مديناً ، إلا إذا كان يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصل أو النائب . فأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية تحت رقم ١٠٩ من المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٩ . وفي لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ ، استعصى عن عبارة « إلا إذا كان يستفاد من الظروف » بعبارة « إلا إذا كان من المفروض حتماً » وأصبح رقم المادة ١٠٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٨ - ص ١٠١) .

وانظر أيضاً المادة ٣٢ فقرة ٣ و ٢ من قانون الأثرامات السويسرى . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « وقد استحدثت المشروع باقتباس هذا النص من تقنين الأثرامات السويسرى حكماً هاماً يضابق أحكام الشريعة الإسلامية . أما القواعد الخاصة بالاسم المستعار أو التسخير ، وهى التى تقضى بانصراف آثار العقد إلى النائب أو المخبر ، فلا تطبق إلا إذا كان من يتعامل مع هذا النائب يحمل وجود النيابة ، أو كان لا يستوى عنده التعامل معه أو مع من فوضه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٦) .

هذا ويلاحظ أن الفصول ، وهو نائب نيابة قانونية عن رب العمل كما قدمنا ، إذا عمل باسمه لا باسم رب العمل ، فإن الأثر ينصرف إليه هو لا إلى رب العمل ، تطبيقاً للمبدأ المتقدم الذكر .

في شخصه ، فالنيابة لا تقوم ، والعقد لا يتم ، لا مع شخص النائب لأنه لا يتعامل لنفسه : ولا مع الأصيل لأن الغير لا يقصد التعامل معه . ولكن إذا كان النائب يعمل باسمه والغير يتعامل باسم الأصيل ، أضيف العقد إلى الأصيل في الحالتين اللتين نصت عليهما المادة ١٠٦ ، وقد تقدم ذكرهما .

ب - آثار النيابة

٩٢ - المعرفة فيما بين النائب والغير : النائب يعمل باسم الأصيل كما كما قدمنا ، فآثر العقد لا يلحقه هو بل يلحق الأصيل . ويترتب على ذلك أن النائب لا يستطيع أن يطالب الغير بحق من الحقوق التي أنشأها العقد ، إلا إذا ثبتت له النيابة في تنفيذ العقد كما ثبتت له في إبرامه . كذلك لا يقوم في ذمة النائب التزام بالعقد . ولكن إذا كان النائب لا يلتزم بالعقد ، فإن هذا لا يمنع من أن يلتزم بخطأه ، حتى إذا قصر في أداء مهمته صار مسئولاً عن هذا التقصير ، إما نحو الغير الذي تعاقد معه ، وإما نحو الأصيل نفسه ، وإما نحو الاثنين معاً .

٩٣ - المعرفة فيما بين النائب والأصيل : يحدد هذه العلاقة المصدر الذي أنشأ النيابة : الوكالة أو القانون .

٩٤ - المعرفة فيما بين الأصيل والغير . تتولد علاقة مباشرة فيما بين الأصيل والغير ، ويختنق شخص النائب من بينهما . فهما المتعاقدان ، وهما اللذان ينصرف إليهما أثر العقد . وهذه هي الخطوة التي وقف دونها القانون الروماني . وهي الخصيصة المميزة للنيابة في القوانين الحديثة . انتهى إليها منطق النيابة في تطورها ، وقضت بها النصوص الصريحة . فقد نصت المادة ١٠٥ من القانون المدني الجديد على أنه «إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل . فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل » (١)

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

١٥ - إذا أبرم النائب عقداً في حدود نيابته وباسم الأصيل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات ينصرف إلى الأصيل مباشرة . ٢ - ولم يتعاقد مع النائب أن يطلب منه إثبات نيابته ، فإذا كانت النيابة ثابتة بعقد مكتوب ، فله أن يحصل منه على صورة مطابقة =

فيكسب الأصل الحقوق التي تولدت له من العقد ، ويطالب الغير بها دون وساطة النائب .

كذلك يكسب الغير الحقوق التي تولدت له من العقد ، ويرجع بها مباشرة على الأصل .

ج - تعاقد الشخص مع نفسه *

٩٥ - نظرة عامة : متى سلمنا أنه يجوز حلول إرادة محل أخرى بطريق النيابة ، أمكن أن نسلم أن شخصاً واحداً يكون نائباً عن غيره وأصيلاً عن نفسه ، أو أن يكون نائباً عن كل من المتعاقدين ، فيجمع في الحالتين طرفي العقد في شخصه . ولا يكون ثمة إلا إرادة واحدة هي إرادة ذلك الشخص

== للأصل تحمل توقيعه . فأقرت لجنة المراجعة المادة بعد تعديلات لفظية، وأصبح رقمها ١٠٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٨ . ولما عرضت على لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، وافقت اللجنة على الفقرة الأولى ، أما الفقرة الثانية فقد قررت حذفها للأسباب التي تقدم ذكرها ، وأصبح رقم المادة ١٠٥ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٥ - ص ٩٧) .

وانظر أيضاً المادة ٣٠ من المشروع الفرنسي الإيطالي . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « إذا كان شخص النائب هو الواجب الاعتداد به فيما يتعلق بإتمام العقد ، فعلى التقيض من ذلك ينبغي أن يرجع إلى شخص الأصل وحده عند تعيين مصير آثاره . فالأصل دون النائب هو الذي يعتبر طرفاً في التعاقد ، وإليه تنصرف جميع آثاره ، فيكسب مباشرة كل ما ينشأ عنه من حقوق ، ويقع على عاتقه كل ما يترتب من التزامات . ولعل هذا الأمر المباشر أهم ما أحرز القانون الحديث من تقدم في شأن النيابة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٥ - ص ٩٦) .

* بعض المراجع : بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٦٨ - فقرة ٧٤ - ديموج ١ فقرة

٤ - فقرة ٨٨ - جوجيه في تعاقد الشخص مع نفسه ، رسالة من كان سنة ١٩٢٠ - موريل في الوكيل بالعمولة كطرف آخر في العقد ، رسالة من ليل سنة ١٩٠٤ - فاليارسكو في تعاقد الشخص مع نفسه (مقال في مجلة القانون المدني ربيع السنة ١٩٢٦ ص ٢٢٦ وما بعدها) - الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألماني م ١٨١ ص ٢٣٩ - ص ٢٤٢ - فيغورونو في العقد في المشروع الفرنسي الإيطالي وفي القانون المقارن ص ٥٠٤ - ص ٥٢٤ - نظرية العقد للزائف ص ٢٢٦ وما بعدها - الدكتور حلمي بهجت بدوي بك ص ١٢٢ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبو سبت بك ص ٩٧ وما بعدها .

وقد حلت محل إرادتين (١) .

وقد اختلفت الشرائع في موقفها من هذه المسألة . فمنها ما يحرم في الأصل تعاقد الشخص مع نفسه ، كالقانون الألماني والمشروع الفرنسي الإيطالي والشريعة الإسلامية والشريعة الإنجليزية والقانون المصري الجديد . ومنها ما يبيحه بوجه عام ، كالقانون السويسري والقانون الفرنسي والقانون المصري القديم . ولكن لا توجد شريعة أطلقت التحريم أو الإباحة . فالشرائع التي حرمت تعاقد الشخص مع نفسه أباحت في فروض معينة ، والشرائع التي أباحت حرمة في ظروف استثنائية ، وكان من شأن التوسع في الاستثناء عند الفريقين : خصوصاً لتنقيص الحياة العملية . أن تقرب الشرائع التي تحرم من الشرائع التي تبيح .

٩٦ - تعاقد الشخص مع نفسه في القانون القديم : لم يرد في القانون

القديم نص عام يحرم تعاقد الشخص مع نفسه أو يبيحه . فنزع الفقه إلى الاجتهاد ، وميز بين أن يكون الشخص الذي يتعاقد مع نفسه ينوب عن أحد طرفي العقد ويتقدم أصيلاً عن نفسه وأن يكون نائباً عن الطرفين . ذلك أنه جعل العبرة في منع هذا التعاقد أو إباحته وجود خطر يهدد مصلحة الأصيل أو انعدام هذا الخطر ، فيمنع التعاقد عند تحقق الخطر ويباح عند انتفائه . ومن

(١) ومن هنا حرمت بعض الشرائع تعاقد الشخص مع نفسه لأن نظرية النيابة تنفي بأن النائب إنما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، فاجتماع طرفي العقد في شخص واحد ، سواء كان نائباً عن كل منهما أو نائباً عن أحدهما وأصيلاً عن نفسه ، يجعلنا من الوجهة الواقعية ومن الوجهة القانونية معاً أمام إرادة واحدة لا إرادتين . ومعروف أن العقد لا يتم إلا بتوافق إرادتين .

أما أنصار الإباحة فيقسمون إلى فريقين : فريق يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه هو عقد حقيق توافق فيه القبول مع الإيجاب ، ولكن شخصاً واحداً هو الذي عبر عن كل من الإيجاب والقبول طبقاً لمنطق نظرية النيابة (بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٦٨ ص ٨٨) . وفريق آخر يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه لا ينطوي إلا على إرادة مفردة جعلها القانون تنج أثراً (ديوج ١ فقرة ٤٢ - فقرة ٤٣) ، ونحن نميل إلى ترجيح هذا الرأي الثاني . (أنظر رأياً آخر للدكتور حلمي بهجت بدوي يتمشى فيه مع رأيه الذي سبق الإشارة إليه من اشتراك إرادة الأصيل وإرادة النائب في إمضاء العقد إذا كانت نيابة انشائية ، ومن جعل أثر العقد حكماً من أحكام القانون إذا كانت النيابة دونية في مؤلفه «أسول الالتزامات» ص ١٢٤ - ص ١٢٥) .

هنا جاء التمييز بين شخص يتعاقد مع نفسه لنفسه وآخر يتعاقد مع نفسه لغيره. فالخطر متحقق في الحالة الأولى بالنسبة إلى بعض العقود ذات الأهمية كالبيع ونحوه فتمتنع مباشرة هذه العقود . أما بالنسبة إلى العقود الأخرى فنجوز مباشرتها . ولا يتحقق الخطر في الحالة الثانية إلا في بعض عقود استثنائية كالصلح ، فيباح تعاقد الشخص مع نفسه إلا في هذه الحالات الاستثنائية (١).

٩٧ - تعاقده الشخص مع نفسه في القانون الجديد : أما القانون الجديد فقد أورد نصاً عاماً يحرم تعاقد الشخص مع نفسه إلا في بعض الحالات . إذ قضت المادة ١٠٨ بأنه «لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصل . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة .» (٢)

فالأصل إذن أن تعاقد الشخص مع نفسه لا يجوز . سواء في ذلك تعاقد الشخص لحساب نفسه كما إذا كان موكلًا في بيع مال فاشتره لنفسه (٣) ،

(١) نظرية العقد المؤلف من ٢٣١ - ٢٣٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٦١ من المشروع التمهيدي مع اختلاف لفظي بسيط . وأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية جعلته مماثلاً لنص المادة ١٠٨ ، وقدمته تحت رقم ١١١ من المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١١١ . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تساءل أحد الأعضاء عن الجزاء على مخالفة نص هذه المادة ، فأجيب بأنه لا يترتب على المخالفة البطلان وإنما لا يمنع بالمقد على الأصل . وتساءل عضو آخر هل الترخيص السابق يعني عن الإجازة اللاحقة ، فكان الجواب بالإيجاب . واعترض على تحريم تعاقد الشخص مع نفسه بأن هذا يخالف القاعدة التقليدية ، فأجيب على هذا الاعتراض بأن القانون يشترط لتمام العقد تقابل إرادتين ، ولا ينطوي تعاقد الشخص مع نفسه إلا على إرادة واحدة ، فإما أن يكون الشخص وكيلاً عن اثنين فيكون هناك تضارب في المصالح ، وإما أن يكون الشخص أصيلاً عن نفسه ووكيلاً عن غيره فيكون التضارب أكبر ، لذلك نص على عدم إمكان تعاقد الشخص مع نفسه باسم من ينوب عنه . وقد وافقت اللجنة على بقاء المادة كما هي تحت رقم ١٠٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ١٠٥ - ١٠٨) .

وانظر في هذه المسألة المادة ٣٧ من المشروع الفرنسي الإبطال .

(٣) وهذا التطبيق الخاص وردت فيه نصوص صريحة في القانون الجديد . فقد نصت المادة ٧٩ : «على أنه لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المراءى العلني ما ينطبق به بيعه بموجب هذه =

أو تعاقد لحساب غيره وهو نائب عن طرفي العقد كما لو كان موكلاً في بيع مال فاشتره لشخص وكله في الشراء . ذلك أنه يتحكم بإرادته وحده في مصلحتين متعارضتين ، وهذا التعارض في الحالة الثانية لم يحسب حسابه أحد من الأصليين ، وهو في الحالة الأولى تعارض مع مصلحته الشخصية ذاتها ، فلا تيسر الحماية الواجبة لمصلحة الأصل في كلتا الحالتين (١).

وهناك رأى يذهب إلى أن تعاقد الشخص مع نفسه في القانون الجديد قابل للإبطال لمصلحة الأصل ولذلك ترد عليه الإجازة ، وقد تقرر هذا بمقتضى نص خاص . وقد كنا من ألقائين بهذا الرأى وقررناه في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٢) . ولكن تبيننا بعد التأمل أن تحريم تعاقد الشخص مع نفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هي أن الشخص إذا أناب عنه غيره في التعاقد فهو لا يقصد التوسع في هذه الإنابة إلى حد أن يبيح للنائب أن يتعاقد مع نفسه ، أصيلاً أو نائباً عن شخص آخر ، لما ينجم عن هذا الموقف من تعارض في المصالح . فإذا ما تعاقد النائب مع نفسه بالرغم من ذلك كان مجاوزاً لحدود النيابة ، ويكون شأنه شأن كل وكيل جاوز حدود نيابته ، فلا يكون عمله نافذاً في - الأصل إلا إذا أجازته . وهذا ما يقضى به صراحة نص المادة ١٠٨ .

== النيابة . ما لم يكن ذلك بإذن القبضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى . ونصت المادة ٤٨٠ على أنه « لا يجوز للساسة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار » . (ويلاحظ هنا أن الساسار والخبير أنزلا منزلة النائب لاتحاد العلة) . وجاء في المادة ٤٨١ : « يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازته من تم البيع لحسابه » . (١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « يتصور أن يتعاقد الشخص مع نفسه في حالتيه : فقد يكون الشخص طرفاً في التعاقد لحساب نفسه من ناحية ، ومتعاقداً بالنيابة عن الطرف الآخر من ناحية أخرى ، وبذلك يتحقق التعارض بين مصالحه الشخصية ومصالح الأصل . وقد يتعاقد الشخص بصفته نائباً عن الطرفين في آن واحد ، وفي هذه الحالة يكون عمله أقرب إلى معنى التحكم منه إلى معنى النيابة » . وغنى عن البيان أن مصلحة الأصل لا تيسر لها ضمانات الحماية الواجبة في كلتا الحالتين (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٥ - ص ١٠٦) .

(٢) وقد جاء في هذه المذكرة ما يأتي : « ولهذه العلة اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلاً للإبطال لمصلحة الأصل ... ومن الواضح أن الإعلان المقرر في هذا الشأن قد أنشئ بمقتضى نص خاص ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٦) .

على أن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، فيجوز للأصيل أن ينقضها وأن يرخص مقبلاً للنائب في التعاقد مع نفسه . وفي هذه الحالة يعمل النائب في حدود نيابته إذا تعاقد مع نفسه ، ويكون عمله نافذاً في حق الأصيل . وهذا ما صرحت به أيضاً المادة ١٠٨ سالفه الذكر .

وتنقض هذه القرينة القانونية كذلك إذا وجد نص في القانون أو قضت قواعد التجارة بمجاوز تعاقد الشخص مع نفسه . مثل النص القانوني ما قضى به قانون المحاكم الحسبية الجديد في المادة ٢٠ وهي توجب الحصول على إذن المحكمة لتصرف الوصي في مال القاصر - ومن باب أولى إذا كان هذا التصرف لنفسه - وفي إيجار مال القاصر لنفسه ، وقد عدد النص طائفة معينة أخرى من التصرفات . أما بالنسبة إلى الولي فتعجز الشريعة الإسلامية أن يشتري الأب مال ولده أو يبيع ماله من ولده بمثل القيمة أو ييسر الغبن ، ويقاس على البيع غيره من التصرفات (١) . ومثل ما تنقضي به قواعد التجارة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقاً لقواعد القانون التجاري (٢) .

ويستخلص مما قدمناه أن الجزاء في تعاقد الشخص مع نفسه لا يلتبس في نظرية البطلان ، بل في نظرية مجاوزة النائب لحدود نيابته .

المطلب الثاني

نوافذ الإرادة

٩٨ - التمييز هاتين : لم يعرض القانون القديم بنص إلى هذا الموضوع الذي يعد من أدق موضوعات العقد ، بل ترك الأمر فيه للفق والقضاء . وهذا

(١) وقد قضى قانون المحاكم الحسبية بأن تعين المحكمة وصياً خاصاً عند تنازل مصلحة القاصر مع مصلحة وليه أو عند تنازل مصالح القصر بعضها مع بعض (١٢م) . كما قضى بأنه « إذا تنازلت مصلحة القاصر مع مصلحة الوصي أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو مع من عله الوصي ، ولم يبلغ هذا التنازل مبلغاً يغني عنه على أموال القاصر طبقاً للفقرة الرابعة من المادة ١٦ ، ففي هذه الحالة تهم المحكمة وصياً خاصاً » . ويجوز كذلك تعيين وصي خصومة ولو لم يكن للقاصر مال (١٢م) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في هذا الصدد ما يأتي : « ويجوز أن تنقض بعض نصوص التشريع أو بعض قواعد التجارة بصحة تعاقد الشخص مع نفسه . فن ذلك لإباحة تعامل الولي مع ولده وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، وإباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفي التعاقد وفقاً لقواعد القانون التجاري » . (شريعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٦) .

بخلاف التقنيات الحديثة كالتقنين الألماني وتفتين الالتزامات السويسري والمشروع الفرنسي الإيطالي ، فقد ورد فيها نصوص على جانب عظيم من الأهمية : نسج على منوالها القانون الجديد ، وهي تبين كيف يصدر الإيجاب ومتى يكون ملزماً ، وإلى أى وقت ، وكيف يقترن به القبول . سواء أكان المتعاقدان حاضرين مجلس العقد أم كانا غير موجودين في مجلس واحد .

ونستعرض كلا من هاتين الحالتين : (١) حالة ما إذا ضم المتعاقدان مجلس واحد (٢) وحالة التعاقد فيما بين الغائبين .

§ ١ - المتعاقدان في مجلس واحد

٩٩ - الإيجاب والقبول . تقدم أنه لا بد لتمام العقد من صدور إيجاب من أى من المتعاقدين ؛ يعقبه قبول مطابق له من المتعاقد الآخر . فتتكلم في مسائل ثلاث : (أولاً) صدور الإيجاب (ثانياً) اقترانه بالقبول (ثالثاً) حالات خاصة في القبول .

١ - صدور الإيجاب

المراحل التي يمر بها الإيجاب :

١٠٠ - المفاوضات : من يصدر منه الإيجاب لا يستقر به الرأى في العادة على أن يصدر إيجاباً باتاً إلا بعد مفاوضات (١) قد تطول . ويعتبر من قبيل المفاوضات أن يعرض شخص التعاقد دون أن يحدد أركانه . كأن يضع إعلاناً ينبئ أنه يعرض منزلاً للبيع أو للإيجار دون أن يذكر الثمن أو الأجرة . وإذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار ، فلا يعد إيجاباً بل تفاوضاً أن يعرض شخص التعاقد حتى لو بين أركان العقد ، أما إذا لم يكن هناك اعتبار لشخصية المتعاقد عد هذا إيجاباً . وكان المشروع التمهيدى يشتمل على

(١) هناك عقود تم عادة دون مفاوضات تسبقها ، منها : العقود المألوفة في الحياة اليومية كمن يأكل في مطعم أو ينزل في فندق أو يشتري صحيفة ، والعقود التي تبرم دون سابق تفاوض في الحياة التجارية وهي تنتفي السرعة في البت والتعامل ، وعقود الإذعان وهي تتميز بإيجاب بات في بادئ الأمر يعقبه إذعان من المتعاقد الآخر أو قبول لا بد منه على ماسئد .

نص (م ١٣٤) يقضى بأن عرض البضائع مع بيان ثمنها يعتبر إيجاباً ، أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجارى التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجاباً وإنما يكون دعوة إلى التفاوض (١). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يعد إيجاباً باتاً ، بل يكون من قبيل المفاوضات ، أن يعرض شخص على آخر القيام بعمل دون أن يتضمن العرض الشروط والتفاصيل اللازمة (٢) .

والقانون لا يرتب في الأصل على هذه المفاوضات أثراً قانونياً ، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد . ولا مسئولية على من عدل ، بل هو لا يكلف إثبات أنه قد عدل لسبب جدى . وليست المفاوضات إلا عملاً مادياً لا يلزم أحداً . لذلك لا يعد الممسار ثاباً لأنه إنما يعمد للمفاوضات وهي عمل مادى لا عمل قانونى .

على أن العدول عن المفاوضات قد يرتب مسئولية على من قطعها إذا اقترن العدول بخطأ منه . ولكن المسئولية هنا ليست مسئولية تعاقدية مبنية على العدول بل هي مسئولية تقصيرية مبنية على الخطأ . والمكلف بإثبات الخطأ هو الطرف الآخر الذى أصابه ضرر من العدول . فإذا أثبت مثلاً أن من قطع المفاوضات لم يكن جاداً عند الدخول فيها ، أو كان جاداً ولكن لم يخطره بالعدول في الوقت المناسب ، وانبنى على ذلك أن فاتته صفقة رابحة ، كان له الحق في المطالبة بتعويض .

١٠١ - الإيجاب المعلق : وقد تنهى المفاوضات إلى إيجاب معلق . كأن

يعرض شخص التعاقد بثمن معين مع الاحتفاظ بتعديل هذا الثمن طبقاً لتغير الأسعار ، فيكون الإيجاب الذى صدر منه بائناً الذى عينه معلقاً على شرط عدم تغير الأسعار ، أو أن يعرض شخص على الجمهور شيئاً ذا كمية محدودة يعين ثمنه فيتم العقد مع من قبل أولاً وتراعى الأسبقية في القبول حتى ينفد

(١) وقد سبقت الإشارة إلى هذا النص عند الكلام في التعبير الصريح والتعبير الضمني (أنظر فقرة ٧٦) ، وبيننا هناك أن هذا النص قد حذف في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه ، إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عنه .

(٢) ٢ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٤٧ - أنظر أيضاً حكماً آخر في ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٦٤ .

الشيء . ومن هذا يتبين أن الإيجاب المعلق هو إيجاب لا مفاوضة ، ولكنه إيجاب لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط الذي علق عليه .

١٠٢ - الإيجاب البات : فإذا خرج الإيجاب من دور المفاوضة ومن دور التعليق أصبح إيجاباً باتاً . وتقرير ما إذا كان الإيجاب قد وصل إلى هذا الدور النهائي ذو من مسائل الواقع لا من مسائل القانون ، فيفصل فيه قاضي الموضوع طبقاً لظروف كل قضية ولا معقب على حكمه .

القوة الملزمة للإيجاب :

١٠٣ - في القانون القديم : لم يرد في القانون القديم نص يبين ما إذا كان الموجب يبق ملزماً بالبقاء على إيجابه المدة الكافية لاقران القبول بالإيجاب . فكان القضاء يذهب إلى أن للموجب أن يعدل عن إيجابه ما دام الإيجاب لم يقرن بالقبول (١) . ولكنه مع ذلك ذهب إلى أن الإيجاب المقرون بأجل يلزم الموجب بالبقاء على إيجابه طول هذا الأجل ، سواء حدد الأجل صراحة أو ضمناً ، وبني هذا لاعلى أساس الإرادة المنفردة بل على أساس أن هناك عقداً تم بين الموجب والموجب له يلزم الأول بالألا يعدل عن إيجابه المدة المحددة ، وقد تم هذا العقد بقبول ضمنى من الموجب له أو بسكوته لأن هذا الأجل في مصلحته (٢) . وذهب القضاء أيضاً إلى أن عدول الموجب عن إيجابه في وقت غير مناسب قد يجعل للموجب له حقاً في التعويض على أساس المسئولية التقصيرية (٣) .

أما الفقه فكان يقول أيضاً مع القضاء بأن الإيجاب يلزم مدة الأجل ، ولكنه كان يتقلب في تفسير هذه القوة الملزمة بين هذه النظريات الثلاث :

(١) استئناف مختلط في ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ م ١٠١ - وفي ٩ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ م ٣٢٢ - وفي ٨ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ م ١٥٦ - وفي ٢ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ م ١٤٧ - وفي ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ م ٢١٣ - وفي ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ م ٣٢ - وفي ١٣ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ م ٨٨ .

(٢) استئناف مختلط في ٢١ مايو سنة ١٨٧٩ بوريللى بك ٣٠١ م ٣٠١ م ٥ - وفي ١٨ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ م ١٠٠ - وفي ٢٣ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ م ٦٢ .

(٣) محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة في ٦ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ م ١٣ رقم ١٧ .

نظرية الإرادة المنفردة، ونظرية العقد الضمني، ونظرية المسئولية التقصيرية (١).

١٠٤ - في القانون الجديد : وأتى القانون الجديد فأقر الوضع على أساس نص تشريعي. فقضت المادة ٩٣ بما يأتي : ١٥ - إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد . ٢ - وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة (٢). فالإيجاب المقترن بميعاد للقبول ملزم للموجب طبقاً لنص القانون الجديد . ولم تعد بعد هذا النص في حاجة إلى الحث عن الأساس الذي تقوم عليه هذه القوة الملزمة ، فالنص صريح في أن الإيجاب وحده هو الملزم . أي أن الإلزام يقوم على الإرادة المنفردة طبقاً لنص القانون، وهذه هي إحدى الحالات التي نص القانون الجديد على أن الإرادة المنفردة تكون فيها مصدراً للالتزام .

ويكون تحديد الميعاد الذي يبقى فيه الإيجاب ملزماً صريحاً في الغالب . ولكن يقع أحياناً أن يستفاد هذا التحديد ضمناً من ظروف التعامل أو من طبيعته . فإذا عرض مالك آلة أن يبيعها تحت شرط التجربة ، فمن الميسور

(١) أنظر كتاب «نظرية العقد» للدولف من ٢٤٤ - من ٢٤٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : ١٥ - إذا حدد ميعاد للقبول التزم الموجب بإيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد . ٢ - وقد يستخلص الميعاد ضمناً من الظروف أو من طبيعة التعامل . وفي لجنة المراجعة اقترح أن يكون التزام الموجب لا بإيجابه بل بالبقاء على إيجابه ، فإن هذا أدق في الدلالة على المعنى المقصود ، فوافقت اللجنة على ذلك كما أدخلت بعض تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ٩٥ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٥ . ووافقت عليها كذلك لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣٦ - ٣٨) .

وكان المشروع التمهيدي يشتمل على نص يسبق هذا النص جاء فيه ما يأتي : «كل من صدر منه إيجاب يلتزم بإيجابه ما لم يصرح بأنه غير ملزم أو ما لم يتبين من الظروف أو من طبيعة التعامل أنه لم يقصد أن يلتزم بإيجابه» (١٢٩م من المشروع التمهيدي) . وحذف هذا النص في المشروع النهائي اكتفاء بالنص الذي استبقى في حالة الإيجاب المقترن بأجل ، إذ أن هذه الحالة هي وحدها التي تظهر فيها الفائدة العملية من القول بالصفة الملزمة للإيجاب . أما إذا لم يقترن الإيجاب بأجل ، فيمكن القول بأنه لو كان النص المحذوف قد استبقى لأفاد أن الموجب يبقى في هذه الحالة ملتزماً بالبقاء على إيجابه المدة المفقولة ، وحذف النص جعله غير ملزم . ولكن الفائدة العملية من هذا القول تكاد تكون معدومة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣٠) .

أن يستفاد من ذلك أنه يقصد الارتباط بإيجابه طوال المدة اللازمة للتجربة .
وعند النزاع في تحديد الميعاد يترك التقدير للقاضي (١) . وإذا صدر الإيجاب لغائب دون أن يحدد ميعاد للقبول ، فإن الموجب يبقى ملتزماً إلى الوقت الذي يتسع لوصول قبول يكون قد صدر في وقت مناسب وبالطريق المعتاد . وله أن يفرض أن إيجابه قد وصل غير متأخر (٢) . فهذا أيضاً يوجد ميعاد ضمنى ، إذ قضت طبيعة المعاملة ، والإيجاب قد صدر لغائب . أن يربص الموجب مستقبلاً بإيجابه إلى أن ينقضى الميعاد الذى يتسع عادة لوصول القبول إليه فيما لو كان الموجب له قد أرسل هذا القبول دون إبطاء لا تبرره الظروف ومع افتراض أن الإيجاب قد وصل في الميعاد المقدر لوصوله (٣) .

ويبقى الموجب ملتزماً بالبقاء على إيجابه المدة التى حددها ، ما لم يكن إيجابه قد سقط برفض الطرف الآخر له قبل انقضاء هذه المدة كما سأتى .

أما إذا لم يحدد الموجب أية مدة للقبول ، فإن إيجابه يبقى قائماً ، ولكنه لا يكون ملتزماً ، بل يجوز له الرجوع فيه أى وقت شاء ما دام أنه لم يقترن بالقبول .

ومن ثم ندين أن الإيجاب قد يكون قائماً ملتزماً ، وقد يكون قائماً غير ملتزم ، فالقيام غير الإلزام ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(١) هذه المبادئ مأخوذة من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧) .

(٢) وقد كانت المادة ١٣٢ من المشروع التمهيدى تجرى على هذا الوجه ، وحذفت في المشروع النهائى اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠) .
ويلاحظ أننا انتقلنا في هذا الفرض من تعاقد يصدر الإيجاب فيه لحاضر في مجلس العقد إلى تعاقد يصدر الإيجاب فيه لغائب .

(٣) أنظر في مثل ثالث لتحديد ميعاد للقبول تحديداً ضيقاً بحكمة الاستثناء المختلطة في ١٨ يناير سنة ١٩١٢م ٢٤ ص ١٠٠ .

هذا وتقديم عطاء في مناقصة متى وصل إلى علم من وجه إليه العطاء — والعلم هنا يقع على تقديم العطاء في ذاته ولا يشمل مضمون العطاء لأن هذا يكون سرياً كما تقتضى بذلك طبيعة المعاملة — يكون ملتزماً لا يجوز الرجوع فيه حتى قبل فسخ المظاريف ، لأن الإيجاب قد اقترن بأجل ضمنى هو الميعاد الذى حدد لإرساء العطاء .

سقوط الإيجاب :

١٠٥ - الإيجاب القائم الملزم : فإذا كان الإيجاب قائماً ملزماً فإنه يسقط في حالتين :

(الحالة الأولى) هي أن يرفض الموجب له الإيجاب . فيسقط حتى لو لم تنقضى المدة التي يكون فيها ملزماً ، ويتخذ رفض الإيجاب صوراً مختلفة ، فهو تارة يكون رفضاً محضاً ، وطوراً يكون قبولاً يتضمن تعديلاً في الإيجاب (م ٩٦ وسبق ذكرها) ، وثالثة يكون إيجاباً جديداً يعارض الإيجاب الأول .

(الحالة الثانية) هي أن تنقضى المدة التي يكون فيها الإيجاب ملزماً ، فيسقط ، وينتهي الإلزام والقيام في وقت واحد . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « بطل الموجب مرتبطاً بإيجابه في خلال الميعاد المحدد للقبول متى حدد له ميعاد ، سواء في ذلك أن يصدر الإيجاب لغائب أو لحاضر . فإذا انقضى الميعاد ولم يصل القبول ، فلا يصبح الإيجاب غير لازم فحسب بعد أن فقد ما نوافر له من الإلزام ، بل هو يسقط سقوطاً تاماً . وهذا هو التفسير المعقول لنية الموجب ، فهو يقصد ألا يبقى إيجابه قائماً إلا في خلال المدة المحددة ما دام قد لجأ إلى التحديد . وقد يتصور بقاء الإيجاب قائماً بعد انقضاء الميعاد ولو أنه يصبح غير لازم . ولكن مثل هذا النظر يصعب تمثيه مع ما يغلب في حقيقة نية الموجب . وبراعى أن القول بسقوط الإيجاب عند انقضاء الميعاد يستتبع اعتبار القبول المتأخر بمثابة إيجاب جديد . وهذا هو الرأي الذي أخذ به المشروع في نص لاحق . وغى عن البيان أن الإيجاب الملزم يميز في كيانه عن الوعد بالتعاقد ، فالأول إرادة منفردة والثاني اتفاق لإرادتين (١) » .

١٠٦ - الإيجاب القائم غير الملزم : وإذا كان الإيجاب قائماً غير ملزم - وهذا لا يكون إلا في التعاقد ما بين حاضرين في مجلس العقد - فإنه يسقط أيضاً في حالتين :

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٦ - وانظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣ ص ٦٢ .

(الحالة الأولى) إذا عدل عنه الموجب قبل انقضاء مجلس العقد .
(الحالة الثانية) إذا انقض مجلس العقد ولو لم يعدل عنه الموجب .
وسرى تفصيل كل ذلك عند الكلام في مجلس العقد (أنظر م ٩٤ (١)).

١٠٧ - القبول بعد سقوط الإيجاب الإيجاب مبرم : وإذا سقط

الإيجاب على النحو الذى قررناه فيما تقدم ، فكل قبول يأتى بعد ذلك يكون متأخراً ، ولا يعتد به على اعتبار أنه قبول لإيجاب سابق . ولكن يصح كما رأينا أن يكون هذا القبول المتأخر إيجاباً جديداً موجهاً لمن صدر منه الإيجاب الأول الذى سقط ، فإذا قبله هذا تم العقد .

نرى ذلك في حالة ما إذا رفض الإيجاب بقبول يتضمن تعديلاً في الإيجاب أو بإيجاب جديد يعارض الإيجاب الأول . ونرى ذلك كما قدمنا في حالة ما إذا صدر قبول بعد انقضاء المدة التى يكون فيها الإيجاب ملزماً (٢) . ونرى

(١) كان المشروع التهديد يشتمل على نص يحدد الحالات التى يسقط فيها الإيجاب ، فكانت المادة ١٣٣ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « يسقط الإيجاب : (١) إذا أهضت صفته الملزمة قبل أى قبول . (٢) إذا رفضه من وجه إليه . (٣) إذا كان من وجه إليه الإيجاب قد عارضه بإيجاب آخر . » ولما عرضت هذه المادة على لجنة المراجعة قررت حذفها لأنها تشتمل على تعدد يحسن تركه للفقهاء (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٠ - من ٤١ في المامش) .
(٢) أظن في حالة وصول القبول متأخراً ، سواء لأنه صدر بحيث يصل في الميعاد ولكنه وصل متأخراً بالفعل أو صدر بحيث لا يمكن أن يصل في الميعاد ، نظرية العقد للدولف من ٢٥٣ حاشية رقم ٢٠١ .

هذا وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ١٤١ من المشروع التهديدى تجرى على الوجه الآتى : « يعتبر القبول بعد الميعاد بمثابة إيجاب جديد . ومع ذلك إذا كان القبول قد أرسل في الوقت المناسب ، ولكنه وصل إلى الموجب بعد الميعاد ، وكان الموجب ينوى ألا يرتبط بهذا القبول ، وجب عليه ، إن علم أن القبول رغم تأخره في الوصول قد أرسل في الوقت المناسب ، أن ينظر الطرف الآخر فوراً بتأخر القبول ، فإذا تهاون في الإخطار اعتبر القبول غير متأخر . » وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذا النص ما يأتى : « ويجب التفريق بين القبول الذى يرسل بعد انقضاء الميعاد المحدد له وبين القبول الذى يرسل في الوقت المناسب ولكن يتأخر وصوله إلى الموجب . فالقبول الثانى دون الأول هو الذى يرتب على عاتق الموجب ، إذا انصرفت نيته إلى عدم الارتباط به ، الالتزام بأن ينظر الطرف الآخر فوراً بذلك . فإذا تهاون في الإخطار وأصبح التأخير بذلك منسوباً إلى خطئه ، فيعتبر أن القبول قد وصل في الوقت المناسب . » ولما عرض النص على لجنة المراجعة قررت حذفه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٩ - من ٥١) .

ذلك أيضاً في حالة ما إذا صدر قبول بعد عدول الموجب عن إيجابه . ونرى ذلك أخيراً في حالة ما إذا صدر قبول بعد انقضاء مجلس العقد . ففي هذه الحالات الأربع - وهي الحالات التي رأينا أن الإيجاب يسقط فيها - إذا صدر القبول بعد سقوط الإيجاب فلا يعتد به قبولاً . ولكنه يعدل إيجاباً جديداً .

ب - اقتران الإيجاب بالقبول

١٠٨ - **الميعاد الذي يصح فيه القبول - مدة قيام الإيجاب :** يصح القبول ما دام الإيجاب قائماً . وقد عددنا فيما تقدم الحالات التي يسقط فيها الإيجاب . ونستخلص منها أن الإيجاب المقترن بأجل للقبول صريح أو ضمني يبقى قائماً طول مدة الأجل ، سواء كان التعاقد بين حاضرين أو غائبين . فيجوز في أي وقت في خلال الأجل أن يصدر القبول فيقترن به الإيجاب . أما إذا كان التعاقد بين حاضرين في مجلس واحد ، ولم يقترن الإيجاب بأجل للقبول ، فإن الإيجاب يبقى قائماً - ويجوز أن يقترن بالقبول - ما دام مجلس العقد لم ينفض . فإذا انقض سقط الإيجاب وامتنع القبول .

١٠٩ - **مجلس العقد :** يبقى الآن أن نبين ما هو المقصود بمجلس العقد . جاء هذا التعبير في المادة ٩٤ من القانون المدني الجديد ، وهذا نصها :
١ - إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد للقبول ، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً ، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل .
٢ - ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فوراً ، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣١ من المشروع التمهيدى على الوجه الوارد في القانون الجديد (فيما عدا فروءا لفظية طليقة) . وما تلى النص في لجنة المراجعة لوحظ أن المشروع أخذ بنظرية مجلس العقد في الفقه الإسلامي على أن يكون مفهومه أنه لم يرد الإيمان ووجه النظر المادية التي تراها عادة في كتب الفقه . فوافقت اللجنة على النص بعد تعديلات =

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى :

«إن الإيجاب إذا وجه لشخص حاضر وجب أن يقبله من فوره . وينزل الإيجاب الصادر من شخص إلى آخر بالتليفون أو بأية وسيلة مماثلة منزلة الإيجاب الصادر إلى شخص حاضر . وقد أخذ المشروع في هذه الصورة عن المذهب الحنفى قاعدة حكيمة ، فنص على أن العقد يتم ولو لم يحصل القبول فور الوقت إذا لم يصدر قبل افتراق المتعاقدين ما يفيد عدول الموجب عن إيجابه في الفترة التي تنفع بين الإيجاب والقبول . وقد رؤى من المفيد أن يأخذ المشروع في هذه الحدود بنظرية الشريعة الإسلامية في اتحاد مجلس العقد (١) .

ويتبين من هذا أن الموجب له ، إذا اتحد مجلس العقد حقيقة أو حكماً (كما في التعاقد بالتليفون أو بأى طريق مماثل) ، يجب عليه كمبدأ عام أن يصدر قبوله فوراً بمجرد صدور الإيجاب ، فلا يفصل وقت ما بين الإيجاب والقبول . وهذا الوضع - وهو مأخوذ من القوانين الحديثة (٢) - يقتضى أن الإيجاب لا يكاد يقوم حتى يسقط ، وفي هذا من الضيق والخرج ما لا يخفى . فلفظ القانون الجديد من حدة هذا الوضع بالالتجاء إلى الشريعة الإسلامية ، وجعل الإيجاب يبقى قائماً ما دام مجلس العقد لم ينقض . ومجلس العقد هو المكان الذى يضم المتعاقدين . وليس الملحوظ فيه هو المعنى المادى للمكان ، بل الملحوظ هو الوقت الذى يبقى فيه المتعاقدان منشغلين بالتعاقد دون أن يصرفهما عن ذلك شاغل آخر . فإذا اجتمع شخصان في مجلس واحد ، وأصدر أحدهما إيجاباً للآخر ، فليس من الضروري أن يكون القبول فوراً ، بل يجوز أن يبقى الموجب له يتدبر الأمر شيئاً من الوقت ، حتى إذا عقد العزم على القبول فعل ذلك . ويكون قبوله صحيحاً بشرطين : (الشرط الأول) أن يبقى كل من المتعاقدين منشغلاً بالتعاقد . فإذا انصرف أى منهما إلى شىء غيره

== لفظية طفيفة ، وأصبح رقم المادة ٩٦ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٦ . وفي لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تساءل أحد الأعضاء عما إذا كان من الممكن الاستثناء عن الفقرة الثانية من المادة فأجيب بالنفى لأن تلك الفقرة تصالح حكم القبول إذا صدر قبل ارفضائى مجلس العقد . وقد وافقت اللجنة ووافق مجلس الشيوخ على المادة تحت رقم ٩٤ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩ - ص ٤٤) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢

(٢) أنظر المادة ٤ من قانون الالتزامات الرسمى والمادة ١٤٧ فقرة ١ من القانون

اعتبر مجلس العقد قد انقض . وسقط الإيجاب . و (الشرط الثاني) أن يبقى الموجب على إيجابه ، فلا يرجع فيه أثناء المدة التي يبقى فيها مجلس العقد قائماً . ولا شك في أن الوضع على هذا الأساس المستمد من الشريعة الإسلامية قد أصبح وضعاً عملياً معقولاً ، ولم تعد الفورية في القبول لازمة ، بل يجوز فيه التراخي مدة معقولة لا ينشغل فيها المتعاقدان بغير العقد ويبقى فيها الموجب على إيجابه . وهذا هو في نظرنا خير تفسير لقواعد الفقه الإسلامي في مجلس العقد (١) .

(١) نحن هنا نأخذ بالمذهب الحنفي وهو المذهب الذي قصد القانون الجديد أن يستمد منه في هذه المسألة . وقد اختلفت الحنفية مع الشافعية في ذلك . فالحنفية يرون كاقسماً جواز القبول ولو تراخى عن الإيجاب ما دام قد صدر في مجلس العقد . أما الشافعية فيشترطون أمور في القبول ، فإذا لم يصدر القبول فوراً سقط الإيجاب ولو لم يرجع فيه الموجب . ولكنهم في الوقت ذاته يقولون بخيار المجلس ، فيجوز لموجب له أن يرجع في قبوله قبل انقضاء مجلس العقد . ومن ثم أصبح مذهب الشافعي ، بفضل هذه الصياغة الفنية ، معقولاً ، وأصبح الفرق بينه وبين المذهب الحنفي عدود المدى من الناحية العملية . فحنفية يقولون إن الموجب له يستطيع أن يؤخر قبوله إلى ما قبل انقضاء المجلس ، والشافعية يقولون بل يجب أن يقبل فوراً ، ولكنه يستطيع الرجوع في قبوله إلى ما قبل انقضاء المجلس . أما المذهب المالكي فيشترط الفورية كالذهب الشافعي ، ومنع خيار المجلس كالذهب الحنفي ، وهذا هو مذهب القوانين الحديثة . ولم يحترمه القانون الجديد لما ينطوي عليه من ضيق وحرَج .

ونقول هنا بعض ما جاء في البدائع في هذه المسألة : « وأما الذي يرجع إلى مكان العقد فواحد وهو اتحاد المجلس ، بأن كان الإيجاب والقبول في مجلس واحد . فإن اختلف المجلس لا يستند ، حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو استغل بعمل آخر يوجب اختلال المجلس ثم قبل لا يعتقد ، لأن القياس ألا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر في المجلس ، لأنه كلما وجد أحدهما انعدم التام في زمان وجوده ، فوجد الثاني والأول متعدي فلا ينظم الركن ، إلا أن اعتبار ذلك يؤدي إلى انسداد باب البيع ، فتوقف أحد الشطرين على الآخر حكماً . وجعل المجلس جامعا للشطرين مع تفرقهما للضرورة ، وحق الضرورة يصير متضاهياً عند اتحاد المجلس ، فإذا اختلف لا يتوقف . وهذا عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله القوم مع ذلك شرط لا يعتقد الركن بدونه . وجه قوله ما ذكرنا من أن القياس ألا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر والتأخر لمكان الضرورة وأنها تندفع بالقر . ولنا أن في ترك اعتبار الفور ضرورة لأن القابل يحتاج إلى التأمل ، ولو اقتصر على الفور لا يمكن التأمل » (البدائع ٥ ص ١٢٧) .

هذا التصيل الرابع هو الذي تقف عنده . ولا تجازي المذهب الحنفي بعد ذلك في تصويره لمجلس العقد تصويراً مادياً صيقاً يخرج به عن مقتضيات الحياة . وهذا بعض ما جاء في البدائع في صدد هذا التصوير الضيق : « وعلى هذا إذا تباها وهما يشيان أو ييران على دابتين أو على دابة واحدة في محل واحد ، فإن خرج الإيجاب والقبول منهما متصليين انعقد ، وإن كان بينهما فصل وسكوت وإن قل لا يعتقد ، لأن المجلس تبدل بالشئ والبدوان قل ... ولو تباها وهما ...

١١٠ - لا نعيم في القبول : ومتى قام الإيجاب ولم ينقض الميعاد

الذى يصح فيه القبول ، فإن الموجب له يكون بالخيار بين قبول الإيجاب أو رفضه ولا يتحتم عليه أن يقبل ، وإلا قام العقد على الإيجاب وحده .

ومهما يكن من بداهة هذا الحكم ، فإن ظروفاً قد تجعل الموجب له ملزماً بالقبول . ويتحقق ذلك إذا كان هو الذى دعا الموجب إلى التعاقد معه . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى هذا المعنى حذفاً كثفاً بتطبيق القواعد العامة ، فكانت المادة ١٣٦ من هذا المشروع تنص على أنه ويجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفضه ، ما لم يكن قد دعا إليه ، فلا يجوز له فى هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند إلى أسباب مشروعة (١) .

والتطبيقات العملية لهذا النص كثيرة متنوعة . فهناك طوائف من الناس تستحث غيرها على الإيجاب وتدعوهم إليه ، كالتجار فى النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التى يوجهونها إلى الجمهور ، وكأصحاب الفنادق والطاعم يفتحون

واقفان انعقد لاتحاد المجلس . ولو أوجب أحدهما وهما واقفان فصار الآخر قبل القبول أو سارا جميعاً ثم قبل لا ينقذ ، لأنها لما سارا أو سارا فقد تبدل المجلس قبل القبول ، فلم يتمتع الشرطان فى مجلس واحد ... ولو تبايها وهما فى سفينة ينقذ ، سواء كانت واقفة أو جارية ، خرج الشرطان متصلين أو منفصلين ، بخلاف المشى على الأرض والسير على الدابة ، لأن جريان السفينة بمرىان الماء لا يجرأه ، ألا ترى أن راكب السفينة لا يملك وقفها فلم يكن جرياتها مضافاً إليه فلم يختلف المجلس ، فأشبه البيت . بخلاف المشى والسير . أما انشى فظاهر لأنه فعله ، وكذا سير الدابة مضاف إليه ، ألا ترى أنه لو سيرها سارت ولو وقفها وقتت ، فاختلف المجلس سيرها . (البدائع ص ١٣٧) .

ونرى من ذلك أن فقهاء الحنفية يشترطون اتحاد المجلس الحقيقى ، ثم يقبلون المسألة على وجوهاً منطقية ، فيخلص لهم أنه إذا اختلف المجلس بالتنقل الاختيارى (المشى أو السير على الدابة) لا ينقذ البيع ، أما إذا اختلف بالتنقل غير الاختيارى (جريان السفينة) ينقذ . وفى هذا ذهب بالمنطق إلى أبعد مدى ، وفيه من المخرج فى التعامل مالا يخفى ، إذ يتمتع على شخصين عيشان أو يسافران على دابة أو على غيرها من وسائل النقل أن يتفاديا لاختلاف المجلس ، مع أنه لا يوجد ما يدعو إلى الوقوف عند الاتحاد الحقيقى للمجلس ، فيكفى الاتحاد الحسمى ، وقد أقر فقهاء الحنفية هذا الاتحاد الحسمى فى التنقل غير الاختيارى لضرورة ، والضرورة ذاتها هى التى تقضى علينا أن نكتفى بالاتحاد الحسمى فى التنقل الاختيارى أيضاً . وقد أراد شارح المجلة الأستاذ سليم باز رفع المخرج فى حالة يكثر وقوعها وهى السفر بالسكة الحديدية ، فذكر فى هذه المسألة ما يأتى : « أما لو تبايها وهما فى السفينة فإنه يصح لكون السفينة كالبيت فلا ينقطع المجلس بجرياتها لأنها لا يملكان إيقانها (مطاوى عن النهر) ، قلت ومثل السفينة سكة الحديد » (شرح المجلة لسليم باز ص ٨٦) .

أبوابهم للطارق، وكأرباب الصناعات يدعون العمال إلى العمل في صناعتهم. فإذا استجيبت هذه الدعوة إلى التعاقد، كانت الاستجابة إيجاباً يمتاز عما عداه من ضروب الإيجاب بأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع. وقد عللت المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدى هذا الحكم العادل بما يأتى : «وليس هذا الأثر القانونى إلا نتيجة للحالة التى أنشأها صاحب الدعوة، بل وتطبيقاً من تطبيقات مبدأ جامع هو مبدأ إساءة استعمال الحق أو التعسف فى استعماله. على أن الإساءة فى هذا الفرض ترد على مجرد رخصة من الرخص. وهذه خصوصية تسترعى الانتباه. وقد تعتمد المشروع إغفال تعيين الجزاء الذى يترتب على الرفض التعسفى، فثل هذا الرفض يترتب مسئولية لا شك فيها. فيجوز أن يقتصر التعويض على مبلغ من المال إذا كان هذا الجزاء كافياً. ويجوز للقاضى فى بعض القروس أن يذهب إلى ما هو أبعد، فيعتبر أن العقد قد تم على سبيل التعويض إذا كان فى الظروف ما يوجب ذلك (١)».

١١١ - كيف يطابق القبول الإيجاب : وإذا كان الموجب له لا يتحتم

عليه القبول على النحو الذى قدمناه، إلا أنه إذا اختار أن يقبل وجب أن يكون قوله مطابقاً للإيجاب مطابقة تامة، وأن يكون متفقاً كل الاتفاق مع الموجب فى جميع المسائل التى تناولها الإيجاب. وقد كان المشروع التهديدى يشتمل على نص فى هذا المعنى روى حذفه اكتفاء بتطبيق المبادئ العامة. فكانت المادة ١٣٧ من هذا المشروع تنص على أنه «لا يتم العقد ما لم يتفق الطرفان على كل المسائل التى تفاوضا فيها بشأن هذا العقد. أما الاتفاق على

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ فى الهامش. وقد جاء أيضاً فى المذكرة الإيضاحية فى مدد النشرات والإعلانات التى يوجهها التجار إلى الجمهور ما يأتى : «وقد تقدم فى الفقرة الثانية من المادة ١٣٤ من المشروع أن النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التى يجرى التعامل بها وغير ذلك من البيانات الموجبة لجمهور أو الأفراد تعتبر فى الأصل دعوة لحث الناس على الإيجاب. فليس ينصرف حكم النص فى الصورة التى يوجهها إلى الإيجاب النهائى للزم الذى ينقل إلى ارتباط تعاقدى متى اقترن به القبول، وإنما ينصرف هذا الحكم إلى مجرد الدعوة للتقدم بالإيجاب. والاستجابة لهذه الدعوة هى التى تعتبر إيجاباً نهائياً ملزماً، يمتاز عما عداه من ضروب الإيجاب بأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع»، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ فى الهامش).

بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين . حتى لو أثبت هذا الاتفاق في ورقة مكتوبة (١) .

على أنه ليس من الضروري لإبرام العقد أن يتم الاتفاق على جميع المسائل مسألة مسألة . فقد نصت المادة ٩٥ من القانون الجديد على ما يأتي : «إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد . ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها . اعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها . فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة (٢) . والذي يسترعى النظر في الحالة التي جاء فيها هذا النص هو أن المتعاقدين قد حددوا مسائل لم يتم الاتفاق عليها واحتفظا بها لتكون محلاً للاتفاق فيما بعد ، وبالرغم من أنهما لم يتفقا عليها بعد ذلك ، إلا أن العقد يعتبر قد تم . والذي يرر هذا الحكم هو أن هذه المسائل ليست جوهرية في العقد ، وأن القانون قد افترض أن نية المتعاقدين انصرفت إلى إبرام العقد حتى لو قام خلاف بينهما على هذه المسائل . ما دام أنهما لم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها . فتفسيراً لنية المتعاقدين على هذا الوجه المعقول أباح القانون للقاضي أن يقضي فيها اختلافاً فيه طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة . وهذا أيضاً أمر يسترعى النظر ، فإن مهمة القاضي في هذه الحالة تخرج عن المألوف من عمله ، فهو لا يقتصر على تفسير ما اتفق عليه المتعاقدان ، بل يجاوز ذلك إلى تدبير ما يختلفا فيه . فهو إذن يساهم في

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٤٦ . أنظر أيضاً محكمة استئناف أسبوط في ٣ يونية سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ رقم ٢٧٣ ص ٨٠٥ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٣٨ من المشروع التهدي على الوجه الوارد في القانون الجديد مع بعض مروق لفظية . ولما تلى في لجنة المراجعة لاحظ بعض الأعضاء أن التمييز بين المسائل الجوهرية والمسائل التفصيلية أمر دقيق في بعض الأحوال ، فلا يحسن تركه لتقدير القاضي خشة الحكم ، ودارت مائدة ضوئية حول هذه المسألة ، واستقر الرأي على إبقاء المادة بعد تعديلات لفظية تحت رقم ٩٧ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب عليها دون تعديل ، ثم وافق عليها كل من لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ — ٤٩ :) .
انظر أيضاً المادة ٢ من تقنين الالتزامات السويسري والمادة ٦١ فقرة ٢ من تقنين الالتزامات البولوني .

صنع العقد (١) . ويوجه هذا الحكم فيما انطوى عليه من جرأة أنه ما دام المفروض أن المتعاقدين قد أرادا إبرام العقد ولو لم يتفقا على هذه المسائل غير الجوهرية ، استتبع ذلك أن يفرض أيضاً أنهما أرادا أن يحل القاضى محلهما ليت فيما اختلفا فيه ، لأن هذا هو السبيل الوحيد للملاءمة بين ما اتفقا عليه من إبرام العقد وما اختلفا فيه من المسائل . فإذا اتفق المؤجر والمستأجر مثلاً على المسائل الجوهرية في عقد الإيجار ، ففرضاً على العين المؤجرة والأجرة والمدة وسائر الشروط الجوهرية ، واختلفا فيما يتحمل ضريبة الخفر أو أجرة البواب أو اشتراك المياه ، وهى عادة مبالغ زهيدة ، ولم يشترطاً أن العقد لا يتم إلا إذا اتفقا أيضاً على هذه المسألة التفصيلية ، كان من المستساغ أن يفرض القانون أن المتعاقدين قد أرادا إبرام عقد الإيجار ، وأنهما تركا للقاضى أن يبت في هذه المسألة غير الجوهرية طبقاً للعرف إذا لم يستطيعا أن يصلا فيها إلى اتفاق . فالأمر إذن لا يعدو أن يكون تفسيراً لنية المتعاقدين ، بحيث لو قام دليل على أن نيتهم لم تنصرف إلى ذلك ، وأنهما لم يقصدا إبرام العقد إلا بعد الاتفاق الكامل حتى على هذه المسائل التفصيلية ، لوجب استبعاد النص ، ولتحتم على القاضى أن يقضى بأن عقد الإيجار لم يبرم ما دام أن المتعاقدين لم يتفقا على جميع المسائل التى تناولاها ، جوهرية كانت أو تفصيلية (٢) .

فالقبول إذن يجب أن يكون مطابقاً للإيجاب على النحو الذى قدمناه . أما إذا كان غير مطابق له ، بل اختلف عنه زيادة أو نقصاً أو تعديلاً ، فإن

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديد في هذا الصدد ما يأتى : « وفي هذه الحالة يتولى القاضى أمر الفصل في المسائل التفصيلية التى أوجب الاتفاق عليها ما لم يترأس العاقدان بشأنها . وعلى هذا النحو يتسع نطاق مهمة القاضى ، فلا يقتصر على تفسير إرادة العاقدين ، بل يستكمل ما قص منها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦) .

(٢) يؤيد ذلك ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديد : « ومما يمكن من أمر . فينبغى التنويه بأن هذه الأحكام لا تعدو أن تكون مجرد تقدير لإرادة المتعاقدين . فإذا تناقض هذا التفسير مع ما أراداه المتعاقدان ، بأن اشترطاً صراحة أو ضمناً أن يكون العقد باطلاً عند عدم الاتفاق على المسائل التى احتفظ بها ، وجب احترام هذه الإرادة ، ولا يتم العقد ما لم يحصل الاتفاق على تلك المسائل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧) .

العقد لا يتم . وبعتبر مثل هذا القبول رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً . فإذا طلب البائع ثمناً للمبيع ألفاً تدفع فوراً . وقبل المشتري أن يدفع الألف على أن يزيد البائع في المبيع . أو قبل أن يدفع في المبيع وحده ثمانمائة . أو قبل أن يدفع فيه وحده ألفاً ولكن بالتقسيط . لم يتم البيع ، واعتبر هذا القبول إيجاباً جديداً من المشتري . وهذا الحكم هو الذى تنص عليه المادة ٩٦ من القانون الجديد إذ نقضى بما يأتى : «إذا اقترن القبول بما يزيد فى الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه ، اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً (١) » .

ج - حالات خاصة فى القبول

الحالة الأولى - مجرد السكوت قد يكون قبولاً . (*)

١١٢ - **المبدأ العام :** لا محل للكلام فى السكوت باعتباره معبراً عن الإيجاب ، فإنه لا يتصور أن يكون مجرد السكوت إيجاباً . ولكن هل يجوز أن يكون قبولاً ؟

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤١ من المشروع النهيى ، وكانت هذه المادة تشمل على فقرتين ، حذفت لفقرة الأولى منها فى المشروع التامى اكتفاء بتطبيق القواعد العامة كما سقت الإشارة إلى ذلك ، أما الفقرة الثانية فباعت مطابقة للنص الذى ورد فى القانون الجديد . وقد وقت عليها لجنة المراجعة ومجلس النواب ولجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ دون تعديل ، وأصبحت المادة ٩٦ فى القانون الجديد (مجموعة الأعمال التصديرية ٢ من ٤٩ - ٥١)

وانظر فى هذه المسألة المادة ١٥٠ من القانون الألمانى ، وحكم محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة فى ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ ، جازيت ١٢ من ٢٨٥ .

* بعض المراجع : بلانول ورييه وإسمان ١ فقرة ١٠٨ - ديموج فى الالتزامات ١ فقرة ١٨٥ وما بعدها ٢ فقرة ٥٥٦ - فاليرى فى العقد بالمراسلة فقرة ٢١ وما بعدها وتعليقاته فى دالوز ١٩٠٥ - ١ - ٣٤٥ - ١٩٠٨ - ٢ - ١٠ - ١٩١ - ١ - ٢٨١ - جيز فى نظرية العمل السلي (مجلة القانون العام ١٩٠٥ من ٧٦٤) - بارول فى السكوت باعتباره منشئاً للالتزامات ديموج ١٩١٢ - كوهن فى العقد بالمراسلة باريس ١٩٢١ من ١٠٣ وما بعدها - ليفى ديموج ١٩٢٧ - كوهن (Cohin) فى العمل السلي الحاطىء باريس ١٩٢٩ - أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٣ - بودرى وبارد ١ فقرة ٤٤ - فقرة ٤٨ - بنكاز تسكلة بودرى ٢ فقرة ٣٩٥ - والتون ١ من ١٩٧ - ١٩٩ - نظرية العقد للدولت فقرة ١٦٠ - فقرة ١٦٦ - الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ٥٤ - الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ٨٨ .

يمكن القول بوجه عام إن السكوت في ذاته . مجرداً عن أى ظرف ملابس له . لا يكون تعبيراً عن الإرادة ولو قبولاً . لأن الإرادة عمل إيجابى والسكوت شئ سلبى . ويقول فقهاء الشريعة الإسلامية : « لا ينسب لسكوت قول » . وليس السكوت إرادة ضمنية . فإن الإرادة الضمنية تستخلص من ظروف إيجابية تدل عليها كما سبق القول . أما السكوت فهو العدم (١) . وأون بالعدم أن تكون دلالة الرفض لا القبول . وهذا هو المبدأ العام . يقول به الفقه والقضاء في مصر وفى غيرها من البلاد (٢) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التهدى في هذا الصدد ما يأتى : « يفسر التفريق بين التعبير الضمى عن الإرادة وبين مجرد السكوت . فالتعبير الضمى وضع إيجابى . أما السكوت فهو مجرد وضع سلبى . وقد يكون التعبير الضمى بحسب الأحوال إيجاباً أو قبولاً ، أما السكوت فمن المتع على وجه الإطلاق أن يتضمن إيجاباً ، وإنما يجوز في بعض ظروف الاستثنائية أن يعتبر قبولاً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧) .

(٢) قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن سكوت الحكومة عن الرد على صاحب مصنع يطلب ترخيصاً لإقامة آلة ميكانيكية في مصنعه لا يعد قبولاً أو ترخيصاً من جانبها حتى لو تأخرت الحكومة عن الرد في المبدأ القانونى وحتى لو حصل صاحب المصنع على تصريح شفوية من بعض الموظفين بأن الحكومة ستعطيه الترخيص المطلوب (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٤٢ ص ١٢٣) . وكذلك قضت محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة في دائرتها التجارية بأن سكوت المشتري أكثر من ثمانية أيام دون أن يرد على عرض مرصه الناعم وبشروط شرطاً في صفقة طالت المفاوضات دائرة فيها بين الناعم والمشتري مدة أسابيع عديدة لا يعتبر رضا من المشتري ، بل يجب أن يكون رضاه واضحاً جلياً بعد هذه المفاوضات الطويلة (١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ ص ١٨٧ رقم : ٢٧٧) . وقضت المحاكم الفرنسية بأن مجرد سكوت شخص عن الرد على خطاب بعثه فيه مرسله مساعداً في شركة معينة ويحده فيه أنه سجل في حاسبه قيمة الأسب التي احتسبها عليه ، لا يعتبر قبولاً بالاكتساب في الأسهم المذكورة (قضى فرنسى في ٢٥ مايو سنة ١٨٧٠ دالوز ٧٠-١٧٠-٢٥٧ وفى ١٨ أغسطس سنة ١٩٠٩ دالوز ١٩١٠-١٧٠-٢٥٧) ، وبأن الناشر الذى يرسل لشخص دون سابق اتفاق عمدة دورية لا يحق له أن يعتبر هذا الشخص قد اشترك في هذه الحملة ما دام أنه يصدر منه قبول بذلك ولا يعتبر قبولاً مجرد امتناع هذا الشخص عن رد الحملة حتى لو ذكر في الحملة أن عدم الرد به قبولاً بالاشتراك (محكمة السين الابتدائية في ١٩ أبريل سنة ١٨٩٣ جازيت دى بلو ٩٣-٢-١٦٢ - محكمة دوى الاستئنافية في ١٠ مارس سنة ١٨٧٤ دالوز ٧٤-٢-١٥٣) . ويلاحظ أن من يتلقى الحملة ويسكت ، إذا كان سكوتة لا يعد قبولاً ، فإن قبوله قد يستخلص ضمناً من أعمال مادية إيجابية يقوم بها . كأن يواطىء على تسليم الحملة وقراءتها بأنظمة (أمر دى هانس ١ لمط (convention) مفرقة ٦) .

١١٣ - الاستثناء : على أن هذا المبدأ العام يقيد منه استثناءات أقرها القضاء المصرى فى ظل القانون القديم ، وأكدها القانون الجديد فى نص صريح ، ففقت المادة ٩٨ بما يأتى :

« ١ - إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول ، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يفرض الإيجاب فى وقت مناسب » .

« ٢ - ويعتبر السكوت عن الرد - ولا إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل ، أو إذا تمدد الإيجاب لمصلحة من وجه إليه (١) » .
فالاستثناء إذن هو أن يعتبر السكوت قولاً إذا أحاطت به ظروف ملائمة من شأنها أن تجعله يدل على الرضاء (٢) . هذه الظروف الملائمة ضرب لها القانون الجديد الأمثلة الآتية :

(١) إذا كان العرف التجارى الذى جرى عليه العمل يقضى بأن السكوت يدل على الرضاء (٣) ، كما إذا أرسل المصرف بياناً لعمله

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الوارد فى القانون الجديد فيما عدا فروقا لفظية طفيفة وفيما عدا عبارة وردت فى المشروع التمهيدى فى آخر الفقرة الثانية نصها كالتالى : « ويكون كذلك سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التى اشتراها قبولاً لا وورد فى (الفاتورة) من شروط » . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، بعد إدخال تعديلات لفظية طفيفة ، وأصبح رقم المادة ١٠٠ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٠ . وفى لجنة القانون الدنى بمجلس الشيوخ اعترض على الجزء الأخير من الفقرة الثانية « ويكون كذلك سكوت المشتري المخ » . وبعد المناقشة قررت اللجنة بقاء المادة مع حذف هذا الجزء الأخير لأنه يواجه تطبيقاً يحسن أن يترك فيه التقدير للقضاء فى كل حالة بخصوصها ، وأصبح رقم المادة ٩٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦ - ٦٤) .

وانظر فيما يقابل هذا النص المادة ٦ من قانون الالتزامات السويسرى والمادة ١٨٠ من قانون الالتزامات اللبنانى .

(٢) ويجوز أن يكون السكوت بمنزلة القبول لا بالنسبة إلى إتمام العقد لحسب ، بل وكذلك بالنسبة إلى إلقائه أو الإفادة منه (استثناءات مختلط ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩٨ ص ٣٥٨) .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويجوز أن يجعل عرف التجارة للسكوت شأن القبول . ونفرض على ذلك قضى بأنه لا تجوز المنازعة فى بيع يعتبر فى عرف السوق تاماً ، وفقاً للشروط المدونة فى بطاقة أو مذكرة لم يردها الماقد من فوره ، متى كان هذا العرف يفرض على من يطلب نقض البيع بعد فوات الوقت أن يقيم الدليل على عدم اعتقاد العقد ، وهو دليل لا يسوغ للعائد أن يستخلصه من إجماله أو خطئه الشخصى (استثناءات مختلط فى ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٧٢) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩) .

عن حسابه في المصروف . وذكر أن عدم الاعتراض على هذا البيان يعد إقراراً له (١) ، أو كانت طبيعة المعاملة تقضي بذلك ، كما إذا أرسل التاجر البضاعة لمن طلبها وأضاف في «الفاتورة» شروطاً مستجدة سكت عنها المشتري ولم يبادر إلى رفضها (٢).

(٢) إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين ، كما إذا اعتاد عميل استيراد البضائع التي يريد من تاجر بالكتابة إليه فيرسل له التاجر ما يريد دون أن يؤذنه بالقبول . فإذا طلب العميل شيئاً وظل التاجر ساكناً كعادته كان للعميل أن يعتبر هذا السكوت رضاء وأن التاجر سيرسل له ما طلب كما عوده (٣) . وقد يكون هناك عقد سابق بين الطرفين ، فيستخلص السكوت قبولاً إذا كان العقد الجديد من مكملات تنفيذ العقد السابق ، أو معدلاً له ، أو فاسخاً (٤) .

(١) محكمة الاستئناف المختصة في ٢٢ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٦٩ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٣ - ٣ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٤٦ - ٢ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٧ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١١١ - ويلاحظ أن الأحكام السابقة إذا اعتبرت السكوت موافقة على الحساب المقدم ، فإنها تستثني حالة الخطأ في الحساب والحذف والإضافة والتدوير وما إلى ذلك ، مثل هذا يصحح .

(٢) محكمة الاستئناف المختصة في ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٧٢ (وقد سفت الإشارة إلى هذا الحكم) - نفس فرنسي في ١١ يولييه سنة ١٩٢٣ سيرة ١٩٢٤ - ١ - ١١٧ - وفي ١٥ يولييه سنة ١٩٢٦ سيرة ١٩٢٦ - ١ - ٢٦٢ .

(٣) محكمة الاستئناف المختصة في ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٣٠٠ - ٢ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣١٥ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٥٦ .

(٤) مثل استكمال تنفيذ العقد مشترط الآلات ميكانيكية استنفذ الأجل المضروب لفحص هذه الآلات وطلب أجلاً جديداً لفحص تكميل كان متوقفاً في عقد البيع ، فله أن يعتبر سكوت البائع رضاء بمنحه هذا الأجل الجديد (نفس فرنسي في ٧ مارس سنة ١٩٠٥ سيرة ١٩٠٥ - ١ - ٤٢٧) . ومثل تعديل العقد ما قضت به محكمة الاستئناف المختصة من أنه إذا عدل البائع من شروط البيع فلم يضرب للتسليم أجلاً عدداً بل جعله في أقرب بيعاد مستطاع ، وسكت المشتري على ذلك ، فكونه يعتبر رضاء بهذا التعديل (استئناف مختص ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٣٨ ص ٥٦) . ومثل فسح العقد أن شخصاً أوصى بكميات كبيرة من الفحم من إنجلترا ، ثم نشبت الحرب ، فأخبره المصنع أنه يستحيل عليه إرسال ما يطلب بعد أن منعت الحكومة الإنكليزية تصدير الفحم ، فسكت ، ثم عاد بعد ذلك بحال المصنع بتنفيذ تعهده . فقضت محكمة الاستئناف المختصة بأنه بمجرد النظر عما إذا كان التزام المصنع أصبح تنفيذه مستحيلاً بقوة القاهرة ، فإن سكوت المشتري قد جعل المصنع على حق في اعتقاده بفسخ العقد (١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٥٨) .

(٣) إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه وسكت هذا ، فيعتبر سكوته رضاء . كالحبة التي لا تشتط فيها الرسمية تعرض على الموهوب له فيسكت ، وكعارية الاستعمال تعرض على المستعير فيلزم الصمت (١) .

وليس فيما تقدم إلا أمثلة لم ترد على سبيل الحصر . فكل سكوت تلازمه ملايسات تدل على الرضاء فهو «سكوت ملايس» (٢) (silence circonstancié) . ويعتبر قبولاً ، كما إذا علم الماوكل بمجاوزة الوكيل حدود الوكالة فإن سكوته إجازة . وكالمالك الحقيقي في بيع ملك الغير إذا علم بالبيع وسكت دون عذر كان سكوته إقراراً للبيع . في كل هذا لو كان الساكت أراد أن يعترض لتكلم ، ولكنه سكت في معرض الحاجة إلى الكلام ، ويقول فقهاء الشريعة الإسلامية هنا أيضاً : «السكوت في معرض الحاجة بيان» .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشخص الذي يصدر منه إيجاب بضمان آخر يريد استئجار عين من الحكومة بعد مقيداً بهذا الضمان بمجرد رسو الزاد على من كعله دون حاجة لقبول الكفالة من جانب الحكومة ، إذ السكوت في هذه الحالة يعتبر قبولاً (١٣ فبراير سنة ١٩٩٦ م ٨ ص ١١٨) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في هذا الصدد ما يأتي : «أما السكوت من المنع على وجه الإضلال أن يتضمن إيجاباً ، وإعاً يجوز في بعض فروم استثنائية أن يعتبر قبولاً . وقد تناول النص هذه الفروم ، وقل بشأنها عن تعين الالتزام السوبرى ضابطاً مرناً يهيء للقاضي أداة عملية للتوجيه قوامها عنصران : أولهما التثبت من عدم توقع أى قبول صريح ، وهذه الواقعة قد تستخلص من طبيعة التعامل أو من عرف التجارة وستنها أو من ظروف الحال . والثاني التثبت من اعتصام من وجه إليه الإيجاب بالسكوت فترة معقولة ... ويراعى ... أن انقضاء الميعاد المقبول أو المناسب هو الذى يحدد وقت تحقق السكوت النهائي الذى يعدل القبول ويكون له حكمه ، وفي هذا الوقت يتم العقد . أما فيما يتعلق بمكان الاعتقاد فيعتبر التعاقد قد تم في المكان الذى يوجد فيه الموجب عند انقضاء الميعاد المناسب إذ هو يعلم بالقول في هذا المكان . ولم تعرض التقنيات اللاتينية ، فيما عدا استثناءات خاصة ، لقبية السكوت كطريق من طرق التعبير عن الإرادة . بيد أن التقنيات الجرمانية وغيرها من التقنيات التي تأثرت بها تورد على القيس من ذلك أحكاماً وافية في هذا الشأن . ويستخلص من دراسة مختلف المذاهب ومقارنتها في النصوص التشريعية وأحكام القضاء أن مجرد السكوت البسيط لا يعتبر إنصاحاً أو تعبيراً عن الإرادة . أما السكوت «الموصوف» وهو الذى يعرض حيث يفرض القانون التزاماً بالكلام فلا يثير إشكالاً ما ، لأن القانون مه يتكلم بتنظيم أحكامه . وليس يبقى بعد ذلك سوى «السكوت الملايس» وهو ما تلايه ظروف يجعل معها محل الإرادة ، فهو وحده الذى يواجهه النص ، عتدياً في ذلك حذو أحدث التقنيات وأرقاها» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧ - ص ٥٨) .

الحالة الثانية - تنفيذ العقد قد يقوم مقام القبول :

١١٤ - يعتبر القضاء المصرى أن التنفيذ الاختيارى للإيجاب يقوم مقام القبول ، فيتم العقد به . ويعتبر قبولاً ضمناً (١) . أما الزمان والمكان للذان يتم فيهما العقد فيتبع في شأن تحديدهما القواعد العامة إذ لا يوجد نص خاص في ذلك . وتقضى القواعد العامة - على ما سئرى - أن العقد يتم وقت أن يعلم الموجب بهذا التنفيذ الاختيارى وفي المكان الذى علم فيه ذلك (م ٩٧) ، ما لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين يحدد وقتاً أو مكاناً آخر ، كأن يتضح من إرادة الموجب أنه قصد أن يتم العقد من وقت التنفيذ وفي مكانه فيقوم الموجب له بالتنفيذ وفقاً لهذه الإرادة .

وكان المشروع التمهيدى يشتمل على نص في هذه المسألة . فكانت المادة ١٤٣ من هذا المشروع تقضى بأنه «إذا تبين من إرادة الموجب أو من طبيعة التعامل أو من مقتضى العرف أن تنفيذ العقد يقوم مقام القبول ، فإن العقد يعتبر قد تم في الزمان وفي المكان اللذين بدأ فيهما التنفيذ . ويجب في هذه الحالة المبادرة بإخطار الطرف الآخر ببدء التنفيذ .» ولكن هذا النص حذف في المشروع النهائى ، حذفته لجنة المراجعة لأنه «من التفاصيل التى لا ضرورة لها (٢)» . على أن النص لو استبقى لبقى وقت تمام العقد ومكانه محددين

(١) قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تنفيذ أحد العاقدين لاتفاق رغم وجود بعض تأخذه كان بوسعه أن يتسك بها قبل التنفيذ بحول دون طلب القضاء بإبطال هذا الاتفاق أو تعديل شروطه فيما بعد (٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ من ٢١٣) . وقضت محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة بأنه يجوز أن يستفاد الرضاء من القيام بعمل من أعمال التنفيذ لاسيلاً مع إلى الشك في انصراف نية العاقد الذى لم يوقع العقد إلى القبول (٦ يونيو سنة ١٩١٦ حازبت ٧ من ١٩) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن خير طريقة لتفسير العقد تستخلص من التنفيذ لدى ارضاء العاقدان (١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ من ٢٣٣ - ١٦ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ من ١٨٢) . وقضت أيضاً بأن شركة المياه التى تعاقدت مع مشترك على توريد المياه له على أساس الربط الجزاف لا يجوز لها أن تلزمه بدفع ثمن ما يستهلكه على أساس ما يحتسبه العداد ما لم يتم الدليل على أنها ألفت التعاقد على أساس الربط الجزاف (٢١ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ من ٣٠١ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٤٤٧) .

(٢) مجموعة الأعمال التصديرية ٢ من ٥٦ - من ٥٧ . وأنظر المادة ٣ من المشروع الفرنسى الإيطالى .

بمحصل التنفيذ لا يعلم الموجب به متى انتضح ذلك ، لا من إرادة الموجب فحسب ، بل أيضاً من طبيعة التعامل أومن مقتضى العرف ، ولوجب على الموجب له أن يبادر بإخطار الموجب ببدء التنفيذ . ولا يكون هذا الإخطار إلا إبلاغاً للقبول الضمى الذى صدر منذ أن وقع البدء بالتنفيذ (١) .

الحالة الثالثة — القبول فى عقود المزار :

١١٥ — هناك عقود تتم فى بعض الأحيان لامن طريق الممارسة ، بل من طريق المزايدة . وأهم هذه العقود البيع والإيجار . فالبيع الجبرى عن طريق القضاء أو عن طريق الإدارة يتم بالمزاد . وكذلك البيوع التى تجبرها المحاكم الحسبية . وقد يقع البيع الاختيارى كذلك بطريق المزار إذا اختار البائع هذا الطريق . وكثيراً ما تجر الجهات الحكومية ووزارة الأوقاف أراضي وعقارات بطريق المزار . ويعتينا فى العقود التى تتم بالمزايدة أن نعرف متى يتم الإيجاب ومتى يتم القبول . فقد يظن أن طرح الصفقة فى المزار هو الإيجاب . والتقدم بالعطاء هو القبول . وليس هذا صحيحاً . فإن طرح الصفقة فى المزار لا يعدو أن يكون دعوة إلى التعاقد عن طريق التقدم بعطاء ، والتقدم بعطاء هو الإيجاب . أما القبول فلا يتم إلا برسو المزار ، ويكون هو إرساء المزار على من يرسو عليه . وهذا هو الذى جرى عليه القضاء المصرى فى

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التميدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يتناول هذا النص حالة تقرب من حالة السكوت . إلا أن التنفيذ الاختيارى الذى يكون متقدماً على الرد يدخل فى نطاق القبول الضمى . وبراعى أن الإحصار ببدء التنفيذ ليس إلا إبلاغاً للقبول الضمى الذى صدر منذ أن حدث البدء فى التنفيذ . فهذا الحادث هو الذى يحدد الزمان والمكان اللذين يتم فيهما العقد دون حاجة إلى انتظار علم الموجب بذلك . وقد استثنيت هذه الحالة كما استثنيت حالة السكوت من حكم القاعدة التى تقضى بأن التعاقد ما بين الغائين يعتبر تاماً فى الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٥٦ ص ٥٧ فى الخامس) . وبلاحظ أنه أسبق فى المذكرة الإيضاحية إلى استثناء حالة السكوت أيضاً من حكم القاعدة التى تقضى بأن التعاقد ما بين الغائين يعتبر تاماً فى الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول . وهذا يحتاج إلى تفصيل . فقد رأينا فيما قدمناه فى موضع آخر من المذكرة الإيضاحية أن هذا الاستثناء لا يقوم إلا فى تحديد الزمان . أما تحديد المكان فتجرى عليه القاعدة العامة ، ويعتبر التعاقد عن طريق السكوت قد تم فى المكان الذى يوجد فيه الموجب عند انقضاء الميعاد المناسب إذ هو يعلم بالقبول فى هذا المكان . على أن الاستثناء بالنسبة إلى زمان العقد ليس إلا استثناء ظاهرياً ، إذ أن السكوت بحد ذاته قبولاً يكون صدوره والعلم به حاصلين فى وقت واحد ، فلا فرق بين الطريق الإعلان والعلم فى هذا الحسوس .

ظل القانون القديم ، فقد كان يعتبر التقدم بالعطاء إيجاباً لا قبولاً ، ويرتب على ذلك جواز الرجوع فيه قبل إرساء المزداد (١) .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن العطاء الذى يتقدم به شخص فى بيع يجرى بالمزاد العلنى أمام المجلس المحلى ، ثم يرجع فيه قبل موافقة المجلس ، يعتبر إيجاباً يجب أن يتعلق به قبول المجلس ، ويجوز على ذلك الرجوع فيه قبل القبول (٩ يونيه سنة ١٩٣٢ الحامدة ١٣ ص ٢٨١) . وقد يشترط من يشرح الصفقة فى المزداد صراحة أن له الخيار بلا قيد فى قبول أى عطاء أو رفضه ، فيكون الشرط صحيحاً . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا عرضت فى المزداد أرض لتأجيرها على مقتضى شروط وارده بقائمة المزداد تتضمن أن لصاحب الأرض الخيار بلا قيد فى قبول أو رفض أى عطاء ، فإن تقديم العطاء ، وبمجرد قبول المالك لجزء من التأمين النقدى وتخبره بإحصالائه لم ينس فيه إلا على أن صاحب العطاء ملزم بدفع باقى التأمين فى أجل حدده بكتابة منه على القائمة ولم يشر فيه بشئ إلى حقوق صاحب الأرض الواردة فى قائمة المزداد ، بل بالعكس أشر على القائمة فى يوم حصول المزداد الذى حرر فيه الإحصال بأن المالك لا يزال ممتنعاً بحقه فى قبول أو رفض العطاء — كل ذلك لا يفيد تمام عقد الإيجار بين الطرفين ، ولا يمنع المالك من أن يستعمل حقه فى قبول العطاء أو عدم قبوله فى أى وقت شاء حتى بعد انصراف صاحبه . فإذا هو فعل ذلك فى نفس اليوم فبطل عطاء آخر بأجرة أكثر وحرر بالفعل عقد الإيجار بعد أن دون هذا العطاء الآخر فى القائمة قبل إقفال المزداد ، كان هذا هو المقدم التام اللازم (هض مدنى فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٩ ص ٤٤٣) .

أما إذا أرسى من طرح الصفقة المزداد على من رسا عليه ، فقد تم تحفده ولا يجوز للرأسى عليه المزداد الرجوع فيه بعد ذلك . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه : دام مد ببت بمحاضر جلسة المجلس المحلى أن الرأسى عليه المزداد قبل الشراء بمن معين ، ووافق المجلس المحلى على هذا الثمن وقرر إيقاع البيع ، وما دام الإيجاب والقبول قد وقعاً من يتكون التعاقد وحصل الاتفاق على المبيع والثمن ، فيكون البيع قد تم ، ولا علة بتحرير العقد لأن العقد ليس إلا السند الكتابى للبيع ، وليس للرأسى عليه المزداد أن يرجع بعد ذلك فى العقد من تلقاء نفسه ، لأنه لا يملك الرجوع بغير إرادة الضرف الآخر (١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ الحامدة ١٥ رقم ٣١٧/٢ ص ٢٧٢) .

وقد يقدم شخص عطاء يكون عرضاً مستجداً ومستقلاً عن شروط المناقصة ، فإذا قلنا من طرح الصفقة فى المناقصة تم العقد بينهما ، ولا يجوز الرجوع فيه بعد ذلك (أنظر فى هذا المعنى : نقض مدنى فى ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦٨ ص ٦٩٩) .

ويلاحظ فى كل ما قدمناه أن هذا هو القضاء المصرى فى ظل القانون القديم ، حيث كان الإيجاب غير ملزم ويجوز الرجوع فيه ما دام أنه لم يقترن بالقبول . أما فى ظل القانون الجديد حيث الإيجاب ملزم إذا اقترن بأجل ولو ضئى ، فقد قدمنا أن صاحب العطاء لا يجوز له الرجوع فى عطاءه مد أن يحصل العطاء إلى علم من وجه له ، لأن العطاء يعتبر إيجاباً ملزماً إذ هو قد اقترن بأجل مدنى هو نفس الظاهر . وإرساء العطاء على من يرسو عليه .

وأكد هذا المبدأ القانون الجديد بنص صريح . فتضمنت المادة ٩٩ بما يأتي : « لا يتم العقد في الزايدات إلا برسو المزداد . ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا (١) » . والعطاء يكون باطلا إذا صدر مثلا من شخص لا يجوز له التعاقد في الصفقة المطروحة في المزداد . كفاض بتقديم بعطاء في مزداد لبيع عين متنازع عليها إذا كان نظر النزاع يقع في اختصاصه . ويكون قابلا للإبطال إذا صدر مثلا من قاصر أو محجور عليه . فإذا بطل العطاء في الحالين لم يبطل أثره وهو إسقاط العطاء الذي تقدمه .

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ١٤٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: « لا يتم العقد في الزايدات إلا برسو المزداد . ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ، أو بإقال المزداد دون أن يرسو على أحد » . ولما نلى النص في لجنة المراجعة ، أضافت اللجنة عبارة « ولو كان باطلا » بعد عبارة « عطاء يزيد عليه » ، وأصبح رقم المادة ١٠١ في المشروع التهاى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠١ . وفي لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تناقش الأعضاء في حكم الزايدات التي يشترط في إعلانها أن لصاحب الشأن الحق في رفض أو قبول أى عطاء يقدم فيها ، فقبل إن إرساء المزداد لا يتم إلا باستعمال حق الخيار المشروط في الإعلان ، وفي حكم الزايدات الحكومية التي تحتاج إلى تصديق طبقاً للقواعد المالية ، فقبل إنه لا يمكن إرساء المزداد إلا بعد التصديق عليه إذ التصديق هو القبول بالإرساء ممن يملكه . وسأل أحد الأعضاء كيف يكون النطاء باطلا ، فأجيب . بإمكان تحقق ذلك فيما لو كان صاحب العطاء قاصراً أو معترهاً . ثم وافقت اللجنة على المادة مع حذف عبارة « أو بإقال المزداد دون أن يرسو على أحد » ، وقد راعت في ذلك أن الإرساء هو الذي يتم به العقد ، فأراد هذه العبارة يكون مجرد تزيد قد يحمل على محل آخر . وأصبح رقم المادة ٩٩ . ثم وافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٤-٦٥) .

هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « ينطبق هذا النص على جميع عقود الزايدات ، وبوجه خاص على البيوع والإيجارات التي تجري بطريق الزايدة . وهو يحسم خلافاً طال عهد العقد به . فافتتاح الزايدة على الثمن ليس في منطق المنس إلا دعوة لتقدم بالعطاءات . والتقدم بالعطاء هو الإيجاب . أما القول فلا يتم إلا برسو المزداد . وقد أعرض المشروع عن المذهب الذي يرى في افتتاح الزايدة على الثمن إيجاباً وفي التقدم بالعطاء قبولاً . ويراعى أن العطاء الذي تلحق به صفة القبول ، وفقاً لحكم النص ، يسقط بعطاء يزيد عليه حتى لو كان هذا العطاء باطلاً أو قابلاً للبطلان ، بل ولو رفض فيما بعد . ويسقط كذلك إذا أقبل المزداد دون أن يرسو على أحد . وليس في ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة ، فإدام التقدم بالعطاء هو الإيجاب فهو يسقط إذا لم يصادفه القبول قبل انقضاء الميعاد المحدد . أما الميعاد في هذا القرض فيحدد انقضاء من دلالة ظروف الحال ومن نية المتعاقدين الضمنية ، وهو ينتضى بلا شك عند التقدم بعطاء أكبر أو بإقال المزداد دون أن يرسو على أحد » . (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٤-٦٥) .

نضيف إلى ما تقدم أن العطاء اللاحق يسقط العطاء السابق ، لا باعتباره تصرفاً قانونياً بل

الحالة الرابعة - القبول في عقود الإذعان (*) :

١١٦ - دائرة عقود الإذعان : قد يكون القبول مجرد إذعان لما عليه الموجب ، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة ، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع . ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غناء عنه ، فهو مضطر إلى القبول . فرضاؤه موجود ، ولكنه مفروض عليه . ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الإذعان (١) . هذا الضرب من الإكراه ليس هو المعروف في عيوب الإرادة ، بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر منه متصلا بعوامل نفسية . ويتبين مما تقدم أن عقود الإذعان لا تكون إلا في دائرة معينة تحددها

== باعتبارها واقعة مادية . ولا يمنع الطاء اللاحق أن يكون واقعة مادية أنه وقع باطلا كصرف قانوني .

* بعض المراجع : سأل في إعلان الإرادة ص ٢٢٩ وما بعدها - ديميه في تطورات القانون الخامس ص ١٢١ - الدولة والقانون الموضوعي والقانون الرضى ص ٥٥ - هورويو مبادئ القانون العام ص ٢٠٧ - ريبير في القاعدة الحلقية في الالتزامات ص ٥٥ وما بعدها - بلانيسول وريبير وإسمان ١ ص ١٢٢ وما بعدها - ديموج في الالتزامات ٢ ص ٦١٦ وما بعدها - موران (Morin) في القانون والفقد سنة ١٩٢٧ ص ٣٦ وما بعدها - ديريه (Dereux) في تفسير الأعمال القانونية باريس سنة ١٩٠٥ ص ١٥٢ و ص ٢١٠ - جونو (Gounot) في مبدأ سلطان الإرادة ديمجون سنة ١٩٠٩ ص ٢٢٧ وما بعدها - دولا (Dollat) باريس سنة ١٩٠٥ - فورتيريه (Fortier) ديمجون سنة ١٩٠٩ - ميشون (Pichon) ليون سنة ١٩١٣ - ساراوجي (Sarat-Rémy) في مراجعة الشروط التأمينية في عقود الإذعان باريس سنة ١٩٢٨ - ميسول (Miseol) في عقد التأمين كغذ من عقود الإذعان باريس سنة ١٩٣٤ - ساليه (Sallé) في التطور الفني للعقد باريس سنة ١٩٣٠ ص ١١ وما بعدها - جومار في مجموعة دراسات جيني جزء ٢ ص ٣٣٣ - وفي مجموعة دراسات لامير جزء ٣ ص ١٤٣ - ومقال في مجلة القانون المدني ربع السنوية سنة ١٩٣٧ ص ٢١ - نظرية العقد للمؤلف ص ٢٧٩ - ص ٢٨٨ - الدكتور حلمي بهجت بدوي ص ٢٢٢ - ص ٢٢٦ - الدكتور أحمد حشمت أبو سبت ص ٨٢ - ص ٨٥ - الدكتور محمد عبد الله العربي في الإكراه الاقتصادي ليون سنة ١٩٢٤ - الدكتور عبد المنعم فرج الصدة في عقود الإذعان في القانون المصري القاهرة سنة ١٩٤٦ .

(١) ويسمى الفرنسيون العقود التي يكون فيها القبول على النحو المتقدم بعقود الانضمام (contrats d'adhésion) ، لأن من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون أن يناقشه . ومنه تسمية ابتدعها الأستاذ سالي في كتابه الإعلان عن الإرادة (ص ٢٢٩ - ص ٢٣٠) . وقد آثرنا أن نسمي هذه العقود في العربية بعقود الإذعان ، لما يشعر به هذا التعبير من معنى الاضطرار في القبول . وقد صادفت هذه التسمية رواجاً في اللغة القانونية من فقه وقضاء ، وانتقلت إلى الفقه الجدي .

الخصائص الآتية : (١) تعلق العقد بسامع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المتفعين . (٢) احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً ، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق . (٣) صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر أى لمدة غير محددة . ويغلب أن يكون فى صيغة مطبوعة تحتوى على شروط مفصلة لا تجوز فيها المناقشة وأكثرها لمصلحة الموجب ، فهى تارة تخفف من مسؤوليته التعاقدية وأخرى تشدد فى مسؤولية الطرف الآخر ، وهى فى مجموعها من التعقيد بحيث يغم فهمها على أوساط الناس .

وأمثلة هذه العقود كثيرة : فالتعاقد مع شركات النور والماء والغاز ، ومع مصالح البريد والتلغراف والتلفون ، وعقد النقل بوسائله المختلفة من سكك حديدية وكهربائية وبواخر وسيارات وطائرات وغير ذلك ، والتعاقد مع شركات التأمين بأنواعه المتعددة ، وعقد العمل فى الصناعات الكبرى ، كل هذا يدخل فى دائرة عقود الإذعان . ومن ثم نرى أن القبول فى هذه العقود هو كما قدمنا إذعان . فالموجب يعرض لإيجابه فى شكل بات نهائى لا يقبل مناقشة فيه ، فلا يسع الطرف الآخر إلا أن يقبل إذ لا غنى له عن التعاقد ، فهو محتاج إلى الماء والنور والغاز ، وكثيراً ما تعرض له حاجة إلى الاتصال بالناس عن طريق التراسل ولا بد له من التنقل والسفر فى بعض الأحيان ، وهو مضطر إلى العمل ليكسب ما يقوم بأوده . وقد نصت المادة ١٠٠ من القانون الجديد على هذا المعنى فى العبارات الآتية : « القبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها (١) » .

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص فى المادة ١٤٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « القبول فى عقود الإذعان يكون مقصوراً على التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها » . ولما تلى النص فى لجنة المراجعة أدخلت عليه تعديلات أفضى إليها ما نصت إليه المادة ١٠٢ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . ووافقت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧ - ٧١) . وانظر المادة ١٧٢ الفقرة الثانية من قانون الالتزامات البنائى .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « من حق عقود الإذعان ، وهى عمرة التصور الاقتصادى فى العهد الحاضر ، أن يفرد لها مكان فى تقنين يتعلم =

١١٧ - طبيعة عقود الإذعان : وقد انقسم الفقهاء في طبيعة عقود

الإذعان إلى مذهبين رئيسيين . فبعضهم يرى أن عقود الإذعان ليست عقوداً حقيقية ، وبذهب فريق آخر إلى أنها لا تختلف عن سائر العقود .

أما الفريق الأول - وعلى رأسهم الأستاذ سالي وتابعه في ذلك فقهاء القانون العام مثل ديجيه وهوريو - فينكر على عقود الإذعان صبغتها التعاقدية ، إذ أن العقد توافق إرادتين عن حرية واختيار : أما هنا فالقبول مجرد إذعان ورضوخ . فعقد الإذعان أقرب إلى أن يكون قانوناً أخذت شركات الاحتكار الناس باتباعه ، فيجب تفسيره كما يفسر القانون ، وبراعى في تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية : وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها . ويرى الأستاذ ديموج ، ويتفق في هذا مع فقهاء القانون العام ، أن عقد الإذعان هو مركز قانوني منظم (institution) يجب أن يعنى في تطبيقه بصالح العمل أولاً . ثم بما يستحق الحماية من صالح كل من طرفي العقد .

ويرى الفريق الثاني - وهم غالبية فقهاء القانون المدني - أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين ، ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود . ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر . فإن هذه

== إلى مسايرة التقدم الاجتماعي الذي أسفرت عنه الظروف الاقتصادية . وقد بلغ من أمر هذه العقود أن أصبحت ، في رأى بعض الفقهاء ، سمة بارزة من سمات التطور العميق الذي أصاب النظرية التقليدية للعقد . على أن المشروع لم ير مجازاة هذا الرأي إلى عاينه ، بل اجترأ يذكر هذه العقود ، وأعرض تسليم المبادئ بالضرورة المنفردة فيها صريحاً من شروط القبول . فتنة قبول حقيقي تتوافر به حقيقة العقد . ومع ذلك نرى ينبغي عند تفسير هذه العقود إغفال ما هو ملحوظ في إذعان الماعذ ، فهو أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى المشقة . ويقضى هذا وضع قاعدة خاصة لتفسير هذه العقود تختار عن القواعد التي تسرى على عقود التراضي . وقد أفرد المشروع لهذه القاعدة نصاً خاصاً بين النصوص المتعلقة بتنفيذ العقود وتفسيرها . وتسمى عقود الإذعان عن غيرها بـ اجتماع مشخصات ثلاثة : أولها تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلكين أو المتنفذين . والثاني احتكار هذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو قيام منانة محدودة النطاق بشأنها . والثالث توجيه عرض الاتعاف بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط متعائلة على وجه الدوام بالنسبة لسكان فئة منها . وعلى هذا النحو يعتبر من عقود الإذعان تلك العقود التي بمقدورها الأفراد مع شركات الكهرباء والغاز والمياه والسكك الحديدية ، أو مع مصالح البريد والتلغرافات والتلفونات ، أو مع شركات التأمين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨ - ٦٩) .

ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية ، وعلاج الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد على عقد حقيقى ، ولا بتمكين القاضى من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الضعيف ، فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها ، بل إن العلاج الناجع هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوى . ويكون ذلك بإحدى وسيلتين أو بهما معاً : الأولى وسيلة اقتصادية فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المخنكر ، والثانية وسيلة تشريعية فيتدخل المشرع - لا القاضى - لينظم عقود الإذعان .

١١٨ - **حكم عقود الإذعان في القانونين القديم والجديد :** وقد كانت الحماية في مصر ، في ظل القانون القديم ، حماية قضائية . فكان القضاء من جهة يعتبر عقود الإذعان عقوداً حقيقية واجبة الاحترام (١) ، فيحترم الشروط المطبوعة في عقد الإيجار (٢) ، وفي عقود التأمين (٣) ، ويلزم من يتعامل مع شركة باحترام لوائحها المطبوعة (٤) ، ومن يتعاقد مع مصلحة السكك الحديدية بمراعاة نظمها ولوائحها (٥) ، ويقيد المستخدم في عقد العمل باحترام لوائح الخدمة التي يخضع لها (٦) . إلا أنه مع ذلك يغلب الشروط المكتوبة على الشروط المطبوعة (٧) ، ويبطل الإعفاء الاتفاقي من

(١) استئناف مختلط في ٢٠ يولية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ من ٤٣٧ .

(٢) عقد الإيجار للمؤلف فقرة ١٢٩ من ١٢٩ هامش رقم ٢ .

(٣) استئناف مختلط في ٢٩ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ من ٣٦٠ - وفي ١١ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ من ١٨٨ .

(٤) استئناف مختلط في ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ من ٤٤ - وفي ٩ مارس سنة ١٩٢٩ جازت ٢٠ من ١٠٨ .

(٥) استئناف مختلط في ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ من ٤٠٥ - محكمة الإسكندرية الجزئية المختلطة في ٢٥ يولية سنة ١٩٢١ جازت ١٢ من ٣٥ - محكمة القاهرة التجارية الوطنية في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ رقم ٤٤٣ من ١٠٧٦ .

(٦) استئناف مختلط في ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ من ١٣٤ - وفي ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ من ٤١ .

(٧) محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢١ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٢٦ من ٢٦٧ - محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة في ٢٠ يولية سنة ١٩١٥ جازت ٦ من ٢٢٢ .

المسئولية (١) . ويفسر الالتزام في مصلحة الطرف المذعن (٢) ، وينسخ الإرادة السابقة بالإرادة اللاحقة (٣) .

وجاء القانون الجديد فجعل الحماية تشريعية ، ونظم بنصوص خاصة عقد التزام المرافق العامة وعقد العمل وعقد التأمين . وأتى بنصوص عامة لتنظيم عقود الإذعان كافة ، فجعل بذلك للقضاء المصري في ظل القانون القديم مستأ تشريعياً في عهد القانون الجديد ، ومهد أمامه الطريق ليخطو خطوات أوسع في حماية الجانب المذعن . وتدع النصوص الخاصة في العقود التي سلفت الإشارة إليها تدرس في مواضعها . ونقتصر هنا على إيراد النصوص العامة .

فقد نصت المادة ١٤٩ على أنه «إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تيسر شروطاً تصفية . جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعنى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لما تقتضى به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك» (٤) . وهذا النص في عمومته وشموله أداة قوية

(١) استئناف مختلط في ١١ يولية سنة ١٩١٣ م ٢٥ من ٤٣٥ - وفي ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ من ١٤٠ - وفي ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ من ٣٩٦ - وفي ٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ من ٢٠٧ .

(٢) استئناف مختلط في ١٢ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٤٠ من ٢٩٥ . وتندد المحاكم في أعمال شروط من شروط إسقاط بوليصة التأمين : استئناف مختلط في ٦ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ من ١٨ - وفي ١٧ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ من ٨٦ .

(٣) وقد قضت محكمة مصر الابتدائية المختلطة بأن اعتماد شركة التأمين على أن تصد المؤمن له في محل إقامته لتستوفي الأقساط يلقى الشرط القاسى بأن الدفع يكون في محل الشركة (١٦ يناير سنة ١٩٢٨ جازية ٢٠ رقم ٩٣ من ٨٧) .

(٤) تاريخ النص ورد هذا النص في المادة ٢١٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان الطرف المذعن يقوله دون مناقشة ما عرض عليه لم يتنه إلى بعض الشروط التصفية التي تضمنها العقد ، جاز للقاضي أن يجعل ذلك عللاً للتقدير » . فاقترحت لجنة المراجعة تعديله على الوجه الآتي : « إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تيسر شروطاً تصفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعنى الطرف المذعن من تنفيذها ، وذلك وفقاً لما تقتضى به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » . وأصبح رقم المادة ١٥٣ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ اقترحت لصانته عبارة في آخر النص هي ما يأتي : « دون إخلال بحق المذعن في التعويض إن كان له محل » ، لأنه لا يكفي في مثل هذه العقود أن يعنى القاضي المذعن من تنفيذها ، بل يجب أيضاً تعويضه إن كان للتعويض محل . وبعد أن وافقت اللجنة على هذا الاقتراح رجعت في موافقتها ورفضت هذه الإضافة لأن القواعد العامة تنفي عن =

في يد القاضي يحميها المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرضها عليه شركات الاحتكار . والقاضي هو الذي يملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً ، ولا معقب لمحكمة النقض على تقديره ما دامت عبارة العقد تحتل المعنى الذي أخذ به . فإذا كشف شرطاً تعسفياً في عقد إذعان . فله أن يعدله بما يزيل أثر التعسف ، بل له أن يلغيه ويعني الطرف المذعن منه ، ولم يرسم المشرع له حدوداً في ذلك إلا ما تقتضيه العدالة . ولا يجوز للمتعاقدين أن ينزعاً من القاضي سلطته هذه باتفاق خاص على ذلك ، فإن مثل هذا الاتفاق يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام ، ولو صح للجأت إليه شركات الاحتكار وجعلته شرطاً مألوفاً (clause de style) في عقودها .

ونصت المادة ١٥١ على ما يأتي : « ١ - يفسر الشك في مصلحة المدين . ٢ - ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن (١) » . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية

== الحكم الوارد في عبارة المضافة ، واستبدلت كلمة « منها » بعبارة « من تنفيذها » . وأصبح رقم المادة ١٤٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٩١ - من ٢٩٤) .

هذا ويلاحظ مما تقدم أن النص الذي كان وارداً في المشروع التهديد أضعف من نص القانون الجديد في ناحيتين : الأولى أنه يشترط في الشروط التعسفية أن يكون الطرف المذعن لم يتنبه إليها ، والثانية أن الجزاء على شرط تعسف لم يتنبه له الطرف المذعن جاء منطقياً على شيء من القموس ، فلم يصرح النص بأن للقاضي أن يعدل الشرط أو يلغيه ، بل اقصر على القول بأنه يجوز للقاضي أن يجعله محلاً للتقدير . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديد في هذا الصدد ما يأتي : « في هذا النطاق الضيق يطبق هذا الاستثناء ، فلا يبلغ الأمر حد استبعاد الشرط الجائر بدعوى أن المذعن قد أكره على قبوله متى تنبه إليه هذا العاقد وارتضاء . فالإذعان لا يختلط بالإكراه ، بل إن التوحيد بينهما أمر ينبو به ما ينبغي للتعامل من أسباب الاستقرار . ثم إن ما يولى من حماية إلى العاقد المذعن ينبغي أن يكون محلاً لأحكام تشريعية عامة - كما هو الشأن في حالة الاستغلال - أو لتشريعات خاصة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٩٢) . ولا شك أن النص الذي خرج به القانون الجديد أصلح في معالجة استغلال الطرف المذعن من نص المشروع التهديد . وقد زاده مجلس الشيوخ تأكيداً ، فقد كانت العبارة الواردة فيه : « أو أن يعني الطرف المذعن منها » قد وردت على النحو الآتي : « أو أن يعني الطرف المذعن من تنفيذها » ، فرؤي أن الإعفاء يكون من الشرط التعسفي ذاته لا من تنفيذه لحسب .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣١٦ من المشروع التهديدى على الوجه الآتي : « يفسر الشك في مصلحة المدين » ، وفي الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ على الوجه الآتي : « لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف ==

للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «ويراعى من ناحية أخرى أن الأصل أن يفسر الشك فى مصلحة المدين عند غموض عبارة التعاقد غموضاً لا يتيح زواله . وقد استثنى المشروع من حكم هذا الأصل عقود الإذعان ، فقضى أن يفسر الشك فيها لمصلحة العاقد المذعن ، دائماً كان أو مديناً . فالغرض أن العاقد الآخر . وهو أقوى العقدين . يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المذعن عند التعاقد شروطاً واضحة بينة . فإذا لم يفعل ذلك أخذ بخطأه أو تقصيره وحمل تبعته . لأنه يعتبر متسبباً فى هذا الغموض من وجه : أنظر المادة ١٢٨٨ من التقنين الإسباني وكذلك المادة ٩١٥ من التقنين النساوى وهى تنص على أن إيهام العبارة يفسر ضد من صدرت منه (١) .»

الحالة الخامسة - القبول فى عقود الجماعة وفى العقود النموذجية :

١١٩ - تضمن المشروع التمهيدى نصين . أحدهما خاص بعقود الجماعة (contrats collectifs) ، والثانى بالعقود النموذجية (contrats-type) .

فكانت المادة ١٤٦ من المشروع التمهيدى تنص على أنه «فى عقود الجماعة يتم القبول برضاء الأغلبية . وترتبط الأقلية بهذا القبول» . ومثل عقود الجماعة عقد العمل الجماعى (contrat collectif du travail) : وهو العقد الذى ينظم شروط العمل ما بين طائفة أصحاب الأعمال وطائفة العمال . ويتم الإيجاب والقبول فيه برضاء الأغلبية من كل من الطائفتين . وترتبط الأقلية بالعقد . وهنا نرى أن كل فرد من الأقلية قد ارتبط بعقد لم يقبأه ولم يكن طرفاً فيه ، وأصبح لا يستطيع الانحراف فى عقد فردى عن نصوص العقد الجماعى . وفى هذا خروج بين

«المذعن» . فضت الفقرتان فى مادة واحدة ولجنة المراجعة ، وأصبح رقمها ١٥٥ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عليها دون تعديل . ثم وافقت عليها لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ دون تعديل تحت رقم ١٥١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٩ - ص ٣٠٦) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٠٠ - هذا وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى ظل القانون القديم أن عقد التأمين يفسر لمصلحة المؤمن له (٢٨ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٠٥) .

على القواعد المدنية ، بعلله أن عقود الجماعة أقرب إلى القوانين منها إلى العقود ،
وهى على كل حال تنشىء مراكر قانونية منظمة (institutions) .

وكانت المادة ١٤٧ من المشروع التمهيدى تنص على أنه «إذا وضعت
السلطة العامة أو أية هيئة نظامية أخرى نموذجاً لأحد العقود ، فإن من يبرم
هذا العقد ويحيل على النموذج يتقيد بالشروط الواردة فيه» . والعقد النموذجى
هو الذى تضعه سلطة عامة أو أية هيئة نظامية أخرى ، كعقود الإيجار
النوذجية التى تضعها وزارة الأوقاف أو المجالس البلدية أو النقابات . ويقضى
النص السالف الذكر بأن من يتعاقد محيلاً فى تعاقد على عقد نموذجى يتقيد
بالشروط الواردة فيه ، لأن الإحالة عليه تفرض أن المتعاقد قد اطلع على
ما ورد فيه من الشروط وارتضاها .

وقد حذف هذان النصان فى المشروع النهائى ، حذف الأول لأن مكانه
يحسن أن يكون فى تشريع خاص ، وحذف الثانى لوضوح الحكم الوارد
فيه (١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧-٦٨ فى الهامش . وقد جاء فى المذكرة
الإيضاحية لهذين النصين فى المشروع التمهيدى ما يأتى : « لا يطرأ على القول فى عقود الجماعة
بمجرد عرض ضمير من أوصافه ، بل يجاوز أمره ذلك ، فيصبح القبول معدوماً على وجه الإطلاق .
والحق أن هذه العقود وهى من أبرز مظاهر النشاط الاقتصادى الحديث لا تنطوى على حقيقة التعاقد .
وأظهر ما يكون هذا المعنى بالنسبة للأئمة التى ترتبط بقبول الأغلبية دون أن ترضى ذلك .
وقد بلغ من أمر الشفرة التى أصابت مبدأ سلطان الإرادة من جراء هذا الوضع أن أصبح اصطلاح
«الارتباطات النظامية» أغلب على الألسنة فى هذا المقام من اصطلاح «عقود الجماعة» . وقدما
وعت قوانين التجارة فى نظام الصلح فى الإفلاس صورة من صور هذه العقود . بيد أن صورة
أخرى أعظم أهمية وأبلغ أثرأ قد أخذت بظهور عقد العمل الجماعى مكانها فى الحياة الاقتصادية
الحديثة تحت صنف حركات العمال والنقابات . فقد يتفق أرباب العمل والعمال على قواعد خاصة
بشروط العمل ، وبهذا يتكون عقد جماعة يرتبط به أولئك وهؤلاء جميعاً سواء فيهم من قبل
أو من لم يقبل . ويترب على ذلك بطلان كل حكم فى عقود العمل الفردية يتعارض مع نصوص
هذا العقد . ويجب التفريق بين عقود الجماعة والعقود النموذجية ، فلاحقة حقيقة التعاقد . وإحالة
الطرفين إلى النموذج الذى تولت وضعه أو إقراره السلطات العامة أو الهيئات النظامية (كالنقابات
مثلاً) تفترض قبولهما للشروط الواردة فيه» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨ فى الهامش) .

٢٤ - المتعاقدان لا يجتمعهما مجلس واحد

(التعاقد بالمراسلة أو فيما بين الغائبين)*

(Contrat par correspondance ou entre absents)

١٢٠- **تحرير الموضوع :** فرضنا فيما قدمناه أن التعاقد يتم بين حاضرين، سواء تم التعاقد بينهما مباشرة أو تم بواسطة نائب عن أى منهما . ولكن يحدث كثيراً أن يتم التعاقد بين غائبين لا يجتمعهما مجلس واحد ، ويتم ذلك بالمراسلة ، بأية طريقة من طرقها المختلفة : البريد أو البرق أو رسول خاص لا يكون نائباً أو غير ذلك (١) .

وليس الذى يميز ما بين الفرضين فى حقيقة الأمر هو أن يجتمع المتعاقدان مجلس العقد أو ألا يجتمعان فى مجلس واحد ، بل إن المميز هو أن تفصل فترة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب به . ففى التعاقد ما بين حاضرين تمنحى هذه الفترة من الزمن . ويعلم الموجب بالقبول فى الوقت الذى يصدر فيه . أما فى التعاقد ما بين غائبين فإن القبول يصدر ثم تمضى فترة من الزمن هى المدة اللازمة لوصول القبول إلى علم الموجب ، ومن ثم يختلف وقت صدور القبول عن وقت العلم به .

* بعض المراجع : فاليرى (Valéry) والتعاقد بالمراسلة سنة ١٨٩٥ ، وانظر تطبيقاً لها أيضاً فى دالوز ١٩١٣ - ٢ - ١ - سالى فى إعلان الإرادة ص ١١٨ - أوبرى درو ١٨٩٣ - لوران ١٥ - فترة ٤٧٩ - ديمولوب ٢٤ - فترة ٧٥ - هيك ٧ - فترة ١٨ - إيدان فترة ٩١ - فترة ٩٢ - جيلوار فى البيع فترة ١٦ - بفنوار ص ٤٧١ - لارومبييا م ١١٠ - فترة ١٩ - بودرى وبارد ١ - فترة ٣٧ - بودرى وسينيا فترة ٣٥ - بلانول وريير وإسمان ١ ص ٢٠٤ وما بعدها - بلانول وريير وبولانجيه ٢ - فترة ٣٥٤ وما بعدها - ديمو ٢ - ص ٢٤٢ وما بعدها - هيمار ٢ - فترة ١٢٢٤ وما بعدها - بتي (Petit) رسالة من باريس سنة ١٨٩١ - أوبر (Aubert) رسالة من باريس سنة ١٨٩٤ - ماركاجى (Marcaggi) رسالة من أكس سنة ١٩٠٢ - موريس (Maurus) رسالة من تولوز سنة ١٩٠٥ - كوهن (Cohen) رسالة من باريس سنة ١٩٢١ فى القانون المقارن - والتون ١ ص ١٩٩ وما بعدها - نظرية العقد للمؤلف فترة ٢٨٥ وما بعدها - الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١٠٤ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبوستيت ص ٨٥ وما بعدها .

(١) والتعاقد فيما بين الغائبين ممكن فى أكثر العقود . ولا تستثنى إلا عقود خاصة تستلزم بعض القوائين فيها حضور المتعاقدين بنفسهما فى مجلس واحد وقت التعاقد ، فلا يجوز فيها حتى التعاقد بطريق النيابة ، كما يقضى القانون الفرنسى بذلك فى الزواج (acte de mariage) وفى عند الزوجة المالى (contrat de mariage) وفى عقد التبني (adoption) .

والذى يؤكد ما تقدم أننا نستطيع أن نتصور تعاقداً ما بين غائبين لا يفصل زمن فيه ما بين صدور القبول والعلم به ، كالتعاقد بالتلفون ، وعندئذ تنطبق قواعد التعاقد ما بين حاضرين على ماسرى. ونستطيع أن نتصور تعاقداً ما بين حاضرين يفصل زمن فيه ما بين صدور القبول والعلم به ، وعندئذ تنطبق قواعد التعاقد ما بين غائبين . ويكفى لتحقيق ذلك أن نتصور أن المتعاقدين اختلفا بعد صدور الإيجاب الملزم وقبل صدور القبول ثم صدر القبول بعد ذلك وأتى من صدر منه القبول بنفسه يبلغ الموجب قبوله (١) . فالعبرة ليست إذن باتحاد المجلس أو اختلافه . بل بتخلل فترة من الزمن بين صدور القبول والعلم به (٢) .

١٢١ - ماذا يترتب على هذا التحديد - زمانه العقد ومكانه : ومتى

وضعنا المسألة على النحو الذى قدمناه تبين فى الحال ماذا يترتب على هذا الوضع : فما دام أن هناك فترة من الزمن تفصل ما بين صدور القبول والعلم به ، وجب التساؤل متى إذن يتم العقد ؟ أوقت صدور القبول أم وقت تعلم به ؟ فإذا تعين الوقت الذى يتم فيه العقد تعين أيضاً المكان الذى يتم فيه : يتم فى المكان الذى يوجد فيه الموجب إذا قلنا إن العقد لا يتم إلا إذا علم الموجب بالقبول . ويتم فى المكان الذى يوجد فيه من صدر منه القبول إذا قلنا إن العقد يتم بمجرد صدور القبول .

فزمان العقد هو الذى يحدد مكانه ، وهذا هو الأصل . وقد يختلف مكان العقد عن زمانه فى بعض الفروض . أهمها التعاقد بالتلفون . فقيه لا يفصل زمن ما بين صدور القبول والعلم به كما رأينا . فهو من ناحية الزمان بمثابة

(١) ولو قبل شخص إيجاباً صدر من أسمى ومما فى مجلس واحد ، فلم يسمع الموجب القبول ، فكتبه له الطرف الآخر ، فإن معرفة الوقت الذى تم فيه العقد ، هل هو وقت صدور القبول أو وقت كتابة القبول للموجب وتمكن هذا من قراءته ، تنبع فيه قواعد التعاقد ما بين غائبين (أنظر فى هذا الغرض إيموس وأرمانجون : أسئلة فى القانونين المدنى والتجارى المصربين سنة ١٩٠٤ ص ٣٩ رقم ٥٧) .

(٢) ولا يعتبر تعاقد بين غائبين تبادل مكاتبات تسجل اتفاقاً ثم ين حاضرين شفهاً قبل هذا التبادل ، فإن هذه المكاتبات ليست إلا وسيلة لإثبات عقد سبق إبرامه بين الطرفين ومما حاضران معاً مجلس العقد (استئناف مختلط فى ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ ٤٦٠ ص ٢٤٠) . كذلك لا يعتبر تعاقد بين غائبين إبرام عقد بين أحد الطرفين ووكيل الآخر إذا كان كل منهما حاضراً مجلس العقد ، فحضور الوكيل مجلس العقد يعنى عن حضور الأصيل (استئناف مختلط فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ ٤٩٠ ص ٤٣) .

تعاقدا ما بين حاضرين . أما من ناحية المكان فالمتعاقدان في جهتين مختلفتين .
فتجرى في تعيينه قواعد التعاقد ما بين غائبين (١) .

وعلىنا الآن أن نبحث متى يتم العقد ما بين غائبين وفي أى مكان .
ونستعرض في ذلك الفقه والقوانين الأجنبية . ثم لننتقل إلى أحكام القانون
المصرى .

١ - الفقه والقوانين الأجنبية

١٢٢ - **مذاهب أربعة في الفقه** : الفقه في البلاد التي ليس فيها تشريع
يعين الزمان والمكان للذين يتم فيهما العقد - كما في فرنسا وفي مصر في ظل
القانون القديم - منقسم متشعب الرأي . وذلك بالرغم من أهمية تعيين زمان
العقد ومكانه على ما سنرى ..

وذلك أن خاصية التعاقد بالمراسلة فيما بين غائبين هي كما قدمنا الفترة من

(١) وقد اشتمل المشروع التمهيدي على نص في هذا الموضوع ، فصت المادة ١٤٠ من
هذا المشروع على أنه « يعتبر التعاقد بالتلفون أو بأية طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما
يتعلق بالزمان ، وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان » . ولكن لجنة الرجعة قررت حذف هذا
النص لوضوح حكمه . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي :
« لا يثبت التعاقد بالتلفون ، أو بأية وسيلة مماثلة ، صراحة إلا فيما يتعلق بتعيين مكان انعقاد العقد .
نشأته من هذه الناحية شأن التعاقد بين الغائبين الذين تفرقهم شقة المسكان . ولذلك تسرى عليه
أحكام المادة السابقة الخاصة بتعيين مكان التعاقد بين الغائبين ، ويعتبر التعاقد بالتلفون قد تم في
مكان الموجب إذ فيه يحصل العلم بالقبول ، ما لم يتفق على خلاف ذلك . أما فيما يتعلق بزمان
انعقاد العقد ، فالعقد بالتلفون لا يفتقر عن التعاقد بين الحاضرين ، لأن الفارق الزمني بين
إعلان القبول وبين علم الموجب به معدوم أو هو في حكم المعدوم . فليس لتفرقه بين وقت إعلان
القبول ووقت العلم به أية أهمية عملية ، لأنها شيء واحد . ونعرباً على ذلك يعتبر التعاقد
بالتلفون تاماً في الوقت الذي يعلن فيه من وجه إليه الإيجاب قبوله ، وهذا الوقت بذاته هو
الذي يعلم فيه الموجب بالقبول . ويترتب على إعطاء التعاقد بالتلفون حكم التعاقد ما بين
الحاضرين فيما يتعلق بزمان انعقاد العقد أن الإيجاب إذا وجه دون تحديد ميعاد لقبوله ، ولم
يصدر القبول فوراً للوقت ، تحلل الموجب من إيجابه . وهذه هي القاعدة المقررة في الفقرة الأولى
من المادة ١٣١ من المشروع بشأن الإيجاب الصادر من شخص إلى آخر بطريق التلفون أو
بأى طريق مماثل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢ - ص ٥٣ في المالحش) .

الزمن التي تفصل ما بين صدور القبول والملم به (١). فإذا قلنا إن العبرة في تمام العقد متى بتلاق الإرادتين ، فإن العقد يتم وقت صدور القبول ، ففي هذا الوقت كان الإيجاب قائماً وصدر القبول متلاًقاً معه . وإذا قلنا بل العبرة بالوقت الذي يعلم فيه المتعاقدان معاً بهذا التلاق ، فإن صدور القبول لا يكفي ، بل يجب أن يعلم الموجب بالقبول وهو باق على إيجابه .

والحق أن التعاقد إذا تم بين غائبين تعذر العثور على وقت يعلم فيه المتعاقدان معاً بتلاق الإرادتين . فلا يكفي أن يعلم الموجب بصدور القبول ، بل يجب أيضاً أن يعلم القابل بهذا العلم ، وهكذا . وهذا هو الدور ، وهو ممنوع . بل إن تلاق الإرادتين في التعاقد ما بين غائبين لا يمكن الجزم به . فقد يعدل الموجب عن إيجابه ولا يصل هذا العدول إلى علم القابل إلا بعد وصول القبول إلى علم الموجب . وقد يعدل القابل عن قبوله ولا يصل هذا العدول إلى علم الموجب إلا بعد وصول القبول إلى علمه . وفي الحالتين يتم العقد ، وفي الحالتين لم تلاق الإرادتان (٢) .

(١) وهناك أمر آخر يقع في التعاقد بالمراسلة ، هو أن تبلغ أحد المتعاقدين إرادة الآخر على غير حقيقتها . فكتيلاً ما يقع في المراسلات البرقية خطأ في نقل ما يريد المرسل تبليغه للمرسل إليه ، فيعتمد هذا على ما بلغه خطأ . مثل ذلك أن يظن المشتري أن البائع يبرع عليه البيع بثمن هو دون الثمن الذي يرضى به ، ويكون هذا نتيجة لوقوع خطأ في البرقية التي أرسلها البائع للمشتري . فإذا قبل المشتري التعاقد ، فهل يتم العقد ؟ العقد لا يتم إذا أخذنا بالإرادة الباطنة ، وهذا ما يذهب إليه القضاء في مصر (محكمة الاستئناف الوطنية في ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٣ السرائح ١ ص ٢٨٨ — محكمة الاستئناف المختلطة في ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ١٥ — وفي ١١ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٢ — وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٩٧ — وفي ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٠١) . ويتم العقد إذا أخذنا بالإرادة الظاهرة ، ولكن يرجع المتعاقد الذي أسابه ضرر بالتعويض على المسئول عن الخطأ الذي وقع . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في الغلط الذي يقع في نقل الإرادة (أنظر المادة ١٧٢ من المشروع التمهيدى وسيأتى ذكرها) .

(٢) وقد قيل إن الوقوف عند وقت صدور القبول في التعاقد ما بين الغائبين يلحق الموجب في حيرة فهو لا يعلم متى تم العقد . ولكن هذا القول محدود بأن الوقوف عند وقت العلم بالقبول هو أيضاً من شأنه أن يوقع القابل في حيرة . هو لا يدرى متى وصل القبول إلى علم الموجب فلا يعلم متى تم العقد . ونرى من ذلك أن اختيار وقت صدور القبول من شأنه ألا يطمئن الموجب ، واختيار وقت العلم بالقبول من شأنه ألا يطمئن القابل . فلا ميزة لقول عن آخر من حيث امتثال المتعاقدين .

فليس يعني إذن في التعاقد ما بين الغائبين أن يعلم المتعاقدان معاً بتلاقى الإرادتين ، بل ولا بأن تتلاقى الإرادتان فعلاً ، فإن هذا وذاك قد يتعذر تحققه كما قدمنا . ولا يبقى أمامنا - وقد صدر القبول في وقت متقدم على الوقت الذي علم فيه الموجب بهذا القبول - إلا أن نختار بين الوقتين ؛ وقت صدور القبول ووقت العلم به .

فإذا نحن وقفنا عند صدور القبول ، فعلينا أن نختار بين الوقت الذي أعلن فيه القابل قبوله - وهذا هو مذهب إعلان القبول (système de déclaration) - والوقت الذي يخرج فيه هذا القبول من يده في طريقه إلى الموجب إذ هو لا يملك استرداده بعد ذلك - وهذا هو مذهب تصدير القبول (système d'expédition) .

وإذا نحن جاوزنا صدور القبول إلى العلم به ، فعلينا أيضاً أن نختار بين الوقت الذي يصل فيه القبول إلى الموجب فنفرض علمه به - وهذا هو مذهب تسليم القبول (système de réception) - والوقت الذي يعلم فيه الموجب فعلاً بالقبول - وهذا هو مذهب العلم بالقبول (système d'information) .
هذه هي مذاهب أربعة ، لكل مذهب منها أنصار يقولون به .

١٢٣ - مذهب اعلم به القبول : أما أنصار مذهب إعلان القبول فيقولون إن نظريتهم هي المنطبقة على القواعد العامة ، فالعقد توافق إرادتين . ومتى أعلن الطرف الآخر قبوله للإيجاب المعروض عليه فقد توافقت الإرادتان وتم العقد . هذا إلى أن المذهب يتفق مع مقتضيات الحياة التجارية من وجوب السرعة في التعامل .

ويؤخذ على هذا المذهب خروجه على القواعد العامة من ناحيتين . فليس من الضروري أن تكون الإرادتان متوافقتين بإعلان القبول ، إذ يجوز أن يعدل الموجب ولا يصل عدوله إلى القابل إلا بعد صدور القبول . كذلك ليس من الصحيح أن القبول ينتج أثره بمجرد صدوره . فالقبول إرادة ، والإرادة لا تنتج أثرها إلا من وقت العلم بها .

١٢٤ - مذهب تصدير القبول : وأنصار هذا المذهب يتفقون في الواقع مع أنصار المذهب الأول . فهم يكتفون بإعلان القبول ، ولكنهم يشترطون

أن يكون هذا الإعلان نهائياً لا رجوع فيه . ولا يكون ذلك إلا إذا كان من صدر منه القبول قد بعث فعلاً بقبوله إلى الموجب بحيث لا يملك أن يسترده ، بأن ألقاه في صندوق البريد أو سلمه لمعامل البرق فبعث به أو أبلغه لرسول انطلق ليخبر به الموجب .

ويؤخذ على هذا المذهب أنه إذا كان إعلان القبول كافياً لتأم العقد ، فليس من القانون ولا من المنطق أن يزيده التصدير أية قيمة قانونية . على أن القبول المصدر يمكن استرداده كما تقضى بذلك لوائح البريد في كثير من البلاد . والكتاب في البريد ملك للمرسل حتى يتسلمه المرسل إليه .

١٢٥ - مذهب تسليم القبول : وأنصار هذا المذهب يرون أن القبول

لا يكون نهائياً بتصديره إذ يمكن استرداده وهو في الطريق ، وهو لا يكون نهائياً لا يسترد إلا إذا وصل إلى الموجب . ففي هذا الوقت يتم العقد ، سواء علم الموجب أو لم يعلم . على أن وصول القبول إلى الموجب قرينة على علم هذا به .

ومن ذلك نرى أن مذهب تسليم القبول يتذبذب بين مذهبي التصدير والعلم . فهو بين أن يكون قد أخذ بمذهب التصدير مستأنياً إذ لا يرى التصدير باتاً حتى يصل القبول إلى الموجب ، وبين أن يكون قد أخذ بمذهب العلم متعجلاً إذ يجعل وصول القبول قرينة على هذا العلم .

والمذهب من حيث أنه صورة معدلة للمذهب التصدير لا يزيد في قيمته عن هذا ، فإن وصول القبول إلى الموجب دون علمه به لا يزيد إعلان القبول شيئاً من الناحية القانونية . وإذا قيل إن الكتاب يصبح ملكاً للمرسل إليه ، فإن المقصود من هذا هو الملكية المادية . أما الملكية المعنوية فتبقى للمرسل . أما إذا أريد بالتسلم أن يكون قرينة على العلم ، فإن كانت القرينة قاطعة أعوزها النص ، وإن كانت غير قاطعة فقد المذهب استقلاله واختلط بمذهب العلم بالقبول ، وهو المذهب الرابع الذي نتولى الآن بحثه .

١٢٦ - مذهب العلم بالقبول : والواقع أن المذهبين الرئيسيين هما

مذهب إعلان القبول ومذهب العلم بالقبول ، وما عداهما فمتفرع عنهما ،

ويرد إليهما . ولمذهب العلم بالقبول أنصار كثيرون . وهم لا يكتفون من القبول بإعلانه . بل يشترطون علم الموجب به . شأن كل إرادة يراد بها أن تنشئ أثراً قانونياً . فهي لا ترتب عليها هذا الأثر إلا إذا علم بها من هي موجهة إليه . وهم يتخذون من وصول القبول قرينة على علم الموجب . ولكنها قرينة قضائية يؤخذ بها أو لا يؤخذ ، وهي على كل حال تقبل إثبات العكس .

١٢٧ - **النتائج التي ترتب على الأخذ بمذهب دوره آخر :** ونقارن الآن بين المذهبين الرئيسيين . مذهب الإعلان ومذهب العلم ، في النتائج التي ترتب على الأخذ بمذهب منهما دون الآخر . فيتبين الفرق بينهما فيما يأتي :

١- إذا عدل الموجب عن إيجابه ووصل العدول إلى علم القابل بعد إعلان القبول وقبل علم الموجب به . فإن العقد يتم وفقاً لمذهب الإعلان . ولا يتم وفقاً لمذهب العلم . كذلك من صدر منه القبول لو عدل عن قبوله ووصل العدول إلى الموجب غير متأخر عن وصول القبول . فإن العقد يتم وفقاً لمذهب الإعلان ، ولا يتم وفقاً لمذهب العلم .

٢- إذا كان العقد بيعاً واقعاً على منقول معين بالذات . فإن ملكيته تنتقل إلى المشتري من وقت تمام العقد . وتكون الثأر للمشتري من ذلك الوقت أى من وقت العلم بالقبول إذا أخذنا بمذهب العلم . أو من وقت إعلان القبول إذا أخذنا بمذهب الإعلان . وكعقد البيع أى عقد آخر ناقل للملكية .

٣- هناك مواعيد تسرى من وقت تمام العقد كمواعيد التقادم بالنسبة إلى الالتزامات المنجزة التي تنشأ من العقد . فتسرى هذه المواعيد من وقت العلم بالقبول وفقاً لنظرية العلم . ومن وقت إعلان القبول وفقاً لنظرية الإعلان .

٤- في الدعوى البوليصية لا يستطيع الدائن الطعن في عقد صدر من مدينه إضراراً بحقه إلا إذا كان هذا العقد متأخراً في التاريخ عن الحق الثابت له في ذمة المدين . فلو أن هذا الحق قد ثبت في ذمة المدين في الفترة ما بين إعلان القبول والعلم به في العقد الذي يريد الدائن الطعن فيه ، فإنه يجوز للدائن

الظعن في العقد وفقاً لنظرية العلم ، ولا يجوز له ذلك وفقاً لنظرية الإعلان .

٥- العقود التي صدرت من تاجر شهر إفلاسه يتوقف نصيبها من الصحة والبطالان على معرفة وقت تمامها . ويختلف حظ هذه العقود بحسب ما إذا كانت قد تمت قبل المدة المشتبه فيها أو في أثناء هذه المدة أو بعد التوقف عن الدفع أو بعد شهر الإفلاس . فهم إذن معرفة وقت تمام العقد في مثل هذه الفروض ، فقد يعلن القبول في مرحلة من هذه المراحل ويحصل العلم به في مرحلة أخرى ، فيختلف الحكم على العقد باختلاف المذهب الذي يؤخذ به .

٦- تقضي قواعد القانون الدولي الخاص بأن القانون الذي يخضع له العقد هو القانون الذي أراده المتعاقدان وفقاً لنظرية سلطان الإرادة . ويكون هذا القانون عادة هو قانون الجهة التي تم فيها العقد (lex loci contractu) . فإذا تم عقد بين شخصين ، وكان من صدر منه الإيجاب موجوداً في مصر وعلم بالقبول فيها ، ومن صدر منه القبول كان موجوداً في فرنسا وقت صدور القبول ، فإن العقد يخضع للقانون المصري إذا أخذنا بمذهب العلم ، ويخضع للقانون الفرنسي إذا أخذنا بمذهب الإعلان . والأخذ بأى المذهبين في تحديد المكان يحدد الزمان كذلك .

٧- قد يكون ارتكاب جريمة في بعض الفروض متوقفاً على تمام عقد مدنى ، كجريمة التبيد فإنها تتم بتمام عقد البيع الذي يتصرف بموجبه المبدد في الأشياء التي كان مؤتمناً عليها . فيهم أن نعرف في أى مكان تم عقد البيع ، فإن هذا المكان هو الجهة التي وقعت فيه الجريمة ، ومحكمة هذه الجهة هي المحكمة المختصة بالنظر في التبيد . فإذا فرض أن المبدد وقت أن باع كان في بلد غير البلد الذي كان فيه المشتري ، فإن المحكمة المختصة تكون محكمة هذا البلد أو ذلك تبعاً للمذهب الذي يؤخذ به . وهذا المذهب هو الذي يعين أيضاً وقت تمام العقد .

١٢٨ - القوانين الأجنبية : وتأخذ بعض التقنيات الأجنبية الحديثة بمذهب العلم بالقبول . أخذ به التقنين الألماني (م ١٣٠) . والمشروع الفرنسي الإيطالي (م ٢ فقرة أولى) ، والتقنين التجاري الإيطالي (م ٣٦) ، والتقنين الإسباني (م ٢٦٢ فقرة ثانية) .

ويأخذ تقنين الالتزامات السويسرى بمذهب تفسير القبول (م ١٠) . وأخذ التقنين المدنى السورى بالمديد بمذهب إعلان القبول ، فقد نسبت

المادة ٩٨ من هذا التقنين على أنه «يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضى بغير ذلك». ونجد هنا أحد الفروق القليلة بين القانونين السوري والمصري (١). أما في فرنسا حيث لا يوجد نص تشريعي ، فالقضاء منقسم بين مذهبي إعلان القبول والعلم بالقبول . وتقضى محكمة النقض الفرنسية بأن تحديد وقت تمام العقد ومكانه مسألة يرجع فيها إلى نية المتعاقدين ، وهي مسألة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها (٢) .

ب - أحكام القانون المصري

١٢٩ - القانون القديم : لم يشمل القانون القديم على نص تشريعي في هذا الموضوع . فانتقسم القضاء فيه ، سواء في ذلك القضاء الوطني أو القضاء المختلط .

أما القضاء الوطني فكان يميل إلى الأخذ بمذهب العلم بالقبول في المسائل المدنية على الأقل (٣) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون السوري الجديد في هذا الصدد ما يأتي : « واشتمل القسم الأول من المشروع على الالتزامات ، بين في الباب الأول من الكتاب الأول قواعدها بوجه عام وعدد مصادرها وفصل أحكام العقد وأركانه وآثاره وانحلاله ، وهي قواعد أخذت بمجملتها من القانون المصري ، فيما عدا المقود بالمراسلة ، فقد أخذت من قانون الموجبات والمقود اللبناني ، فأصبح المقود بالمراسلة يتم بمجرد إعلان القبول وفي مكان الإعلان ، وذلك لكثرة المعاملات الجارية بين سورية ولبنان بحيث تحضى المصلحة بتوحيد النصوص التشريعية في هذا الموضوع بين البلدين لتلايق تنازع بين قانونيهما يؤدي إلى الإضرار بحقوق ذوي العلاقة » (المذكرة الإيضاحية للقانون المدني السوري ص ١١) .

(٢) محكمة النقض الفرنسية في ١٦ يونية سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٤ - ١ - ٢٢٩ - وفي ٢٩ يناير سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ١٧٦ . وهذان المكان يتعلقان بزمان العقد . وهناك مكان آخران يتعلقان بمكان العقد : ٦ أغسطس سنة ١٨٦٧ دالوز ٦٨ - ١ - ٣٥ - وفي أول ديسمبر سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٧ - ١ - ٤٥٠ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن العقد لا يتم ، خصوصاً في المواد المدنية ، طالما أن قبول الشخص الذي عرض عليه الإيجاب لم يصل لمعلم العارض (٢٦ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ ص ١٨٣) . وانظر أيضاً في هذا المعنى محكمة استئناف مصر في أول فبراير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٠ رقم ٤٦١ ص ١٠٣٠ . ولكن هناك حكماً قضى بأن التعاقد بالمراسلة يعتبر حاصلاً من وقت وضع كتاب القبول في صندوق البريد (ديباط الجزئية في ٢١ أبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢٥١) ، فهو قد أخذ بمذهب تصدير القبول .

وانقسم القضاء المختلط بين مذهبي العلم والإعلان (١).
وبقي الفقه في مصر حائراً جيرة القضاء . ولكنه اتجه أخيراً إلى الأخذ
بمذهب العلم بالقبول (٢) .

(١) فهناك أحكام قضت بأن العقد لا يتم إلا إذا علم الموجب بالقبول ، وقبل هذا العلم يجوز
للموجب أن يرجع في إيجابه كما يجوز لمن صدر منه القبول أن يعدل عن قبوله (محكمة
الاستئناف المختلطة في ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠١ - وفي ٩ فبراير سنة ١٩٢٢
م ٣٤ ص ١٥٧ - وفي ٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٦ - محكمة الإسكندرية
الجزئية المختلطة في ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ ص ٣٥ - محكمة الإسكندرية
التجارية المختلطة في ١٩ فبراير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ ص ٣٤ - وفي ٣ مارس سنة
١٩٢٤ جازيت ١٥ ص ٢٦ - وفي ٣ يونية سنة ١٩٢٤ م ٥٦ ص ١٨٠) . وهناك
أحكام أخرى قضت بأن العقد يتم بإعلان القبول (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢ ديسمبر
سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٣ - وفي ١٣ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٧٩ - وفي ٩ فبراير
سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٢٧ - محكمة الإسكندرية الجزئية المختلطة في ٥ مارس سنة ١٩٢٨
جازيت ١٩ ص ٢٥٦ - وفي ٢٨ سبتمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٥٩ ص ١٥٠) .
وهناك طائفة ثالثة من الأحكام تأخذ بمذهب تصدير القبول (استئناف مختلط في
٦ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٠١ - وفي ٢٤ فبراير ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٦٤ - وفي
٥ أبريل سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٩١) .

(٢) من ذلك ما جاء بنظرية العقد للوئف : يشعر المستعرض للعلول المتقدمة بشيء من
الحيرة إذا أراد أن يختار منها حلاً برتضييه ، وذلك لتمدد هذه الحلول وذهاب كل منها إلى
وجهة من النظر تختار عن الأخرى ، وانقسام الفقه والقضاء في مصر وفي فرنسا ، وتباين
التشريعات الحديثة والقوانين المختلفة في هذا الموضوع . ولكن التأمل في المسألة لا يسهل إلا
أن يجاشى محكمة النفس الفرنسية في رأيها من أن الأمر يرجع قبل كل شيء إلى نية المتعاقدين .
بل هو يرجع في الواقع إلى إرادة الموجب ، فهو الذي أنشأ العقد ابتداءً بإيجابه ورسم حدوده ،
وليس القبول إلا موافقة تامة للإيجاب . فتوجب إذن هو الذي يبين متى يريد أن يتم العقد
وأين يتم . أما التشريعات التي وردت فيها نصوص تنعزض للمسألة ، فلا نعلمها موافقة في ذلك .
والنص التشريعي الصالح في نظرنا هو الذي يقضى باتباع إرادة الموجب ، فإذا غمضت هذه الإرادة
ولم يمكن الاعتداء إليها بوضوح فهذا تلجأ إلى الافتراض . وآمن فرض في تصدير إرادة الموجب
أن يفرض ماهو في صالحه ، والأصلح ألا يتم العقد إلا عند علمه بالقبول . فنحن تأخذ إذن
بنظرية العلم بالقبول . ولكن لا تأخذ بها اعتباطاً ، ولا للأسباب التي تذكر عادة في تأييدها ،
بل تأخذ بها لأنها تنفرع عن البدأ الأساسي الذي قرناه من أن العبرة بإرادة الموجب ، فإذا
لم تتبين له إرادة فرضنا ماهو في مصلحته . فإذا كان لنا أن نقترح إدخال تعديل في التشريع
المصري في هذا الصدد ، فنحن نرى أن يضاف إلى القانون المصري نص في هذا المعنى يقضى
بأنه لمعرفة الوقت والمكان اللذين يتم فيهما العقد بالمراسلة يرجع إلى نية المتعاقدين ، وهذه
تحددها إرادة الموجب . فإذا لم يمكن الاعتداء إلى معرفة هذه الإرادة فيفرض أن الموجب قد
أراد أن يتم العقد عند علمه بالقبول . مثل هذا النص يصح قرينة قانونية تفسر بمقتضاها إرادة =

١٣٠ - القانون المبرر : أما القانون الجديد فقد حسم هذا الخلاف

الطويل بنصوص تشريعية واضحة ، أخذ فيها بمذهب العلم بالقبول . فهو قد وضع المبدأ الأساسى فى تعيين الوقت الذى ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره ، فنص فى المادة ٩١ على أنه «ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك» . وقد مر الكلام فى هذا النص . ثم طبق هذا المبدأ فى نص خاص بالتعاقد فيما بين الغائبين . فقضت المادة ٩٧ بما يأتى :

- ١ - يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول . ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك .
- ٢ - ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول (١) .

ويتبين من هذا النص أن القانون الجديد ترك تعيين المكان والزمان اللذين يتم فيهما العقد فيما بين الغائبين إلى اتفاق المتعاقدين . وتحديد ما إذا كان المتعاقدان قد اتفقا على شيء فى هذا الصدد وما هو الشيء الذى اتفقا عليه يعتبر من المسائل الموضوعية ، فلا رقابة فيه لمحكمة التقص .

أما إذا لم يتفق المتعاقدان على شيء ولم يوجد نص قانونى خاص . فيعتبر العقد قد تم فى المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول . وهذا هو مذهب

الموجب الفاضلة . ولأبأس من إضافة قرينة قانونية أخرى يفرض بمقتضاها أن الموجب قد علم بالقبول بمجرد استلامه له ، وإن كان له أن يثبت عكس ذلك . فخلاصة الرأى الذى نذهب إليه هو الأخذ بإرادة الموجب الصريحة أو الضمنية ، وإلا فإرادة الموجب المفروضة ، وهذه الإرادة المفروضة هى التى تتفق مع نظرية العلم بالقبول ، على أن يكون استلام القبول قرينة قابلة لإثبات العكس على حصول العلم . (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٠٤ - فقرة ٣٠٥) .

أنظر أيضا فى افقه المصرى الذى أخذ بمذهب العلم بالقبول الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١١١ - ص ١١٢ والدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص ٨٩ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الوارد فى القانون الجديد مع اختلاف لفظى طفيف . ووافقت عليه لجنة المراجعة بتعديل لفظى ، وأصبح رقم المادة ٩٩ فى المشروع التمهيدى . ووافق عليه مجلس النواب . ووافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧ مع إدخال تعديلات لفظية طفيفة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٥٢ - ص ٥٥) . وأنظر أيضا المادة ٣ فقرة أولى من المشروع الفرنسى الإصطالى .

العلم بالقبول أخذ به القانون الجديد في صراحة ووضوح . وهو في هذا لم يزد على أن طبق المبدأ الأساسى الذى سبقت الإشارة إليه من أن الإرادة لا تنتج أثرها إلا في الوقت الذى تتصل فيه بعلم من وجهت إليه ، أى بعلم الموجب . ومن أجل ذلك يجب تفسير الفقرة الثانية من المادة ٩٧ على أن الحكم الذى أوردته ليس إلا تطبيقاً لهذا المبدأ . فيكون وصول القبول قرينة على العلم به . وهى قرينة قانونية لأنها وردت في نص قانونى ، ولكنها قرينة غير قاطعة ، فيجوز إثبات العكس . وإذا كان النص لم يصرح بجواز إثبات العكس ، فإن هذا مفهوم من الرجوع إلى المبدأ الأساسى الذى ورد في العبارة الأخيرة من المادة ٩١ ، وهى تقضى بأن وصول التعبير عن الإرادة يعتبر « قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك » - وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٩٧ ليست إلا تطبيقاً لهذا المبدأ الأساسى ، فينبغى أن تفسر على مقتضاه . وقد تقضى النصوص القانونية في حالات خاصة ، كما قدمنا ، بتعيين المكان والزمان اللذين يتم فيهما العقد على غير الوجه المتقدم . فتتبع هذه النصوص . مثل ذلك ما ورد في المادة ٥٩٩ من تجدد الإيجار تجدداً ضمناً ببقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء الإيجار بعلم المؤجر ودون اعتراض منه ، فتم التجديد ببقاء المستأجر في العين دون حاجة إلى أن يعلم بأن المؤجر لا يعترض على هذا البقاء (١).

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهدى في هذا الصدد ما يأتى : « تضمن التشريعات المختلفة أحكاماً جند متباينة بشأن تعيين زمان التعاقد بالمراسلة ومكانه . وقد اختار المشروع مذهب العلم بالقبول ، ولم يجعل من الرد بالقبول (المراد هو وصول القبول) سوى لينة بسيطة (المراد قرينة قابلة لإثبات العكس) على حصول العلم به . وبديهي أن هذا الحكم قرىسرى حيث تصرف نية التعاقد إلى مخالفته صراحة أو سحناً ، أو حيث يقضى القانون بالعدول عنه إلى حكم آخر ، كما هى الحال بالنسبة للسكوت أو التنفيذ الاختيارى (وكان المشروع التمهدى يشتمل على نص في التنفيذ الاختيارى كما قدمنا) اللذين يزلها القانون منزلة القبول . ولعل مذهب العلم هو أقرب المذاهب إلى رعاية مصلحة الوجوب . ذلك أن الوجوب هو الذى يبتدىء التعاقد ، فهو الذى يحدد مضمونه ويعين شروطه . فمن الطبيعى والمحال هذه أن يتول تحديد زمان العقد ومكانه . ومن العدل ، إذا لم يفعل ، أن تكون الإرادة المفروضة مطابقة لمصلحته عند عدم الاتفاق على ما يخالف ذلك . وبعد ، فذهب العلم هو الذى يستقيم دون غيره مع المبدأ القاضى بأن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى من وجه إليه على نحو يتوفر معه إمكان العلم بمضمونه - أنظر الفقرة الأولى من المادة ١٢٥ من المشروع - ومؤدى ذلك أن القبول بوصفه تعبيراً عن الإرادة لا يصبح نهائياً إلا في الوقت الذى يستطيع فيه الوجوب أن يعلم به ، ولا يعتبر التعاقد تاماً إلا في هذا الوقت . ولم ينشر القضاء المصرى على رأى معين في هذا الصدد . فقد اختلفت محكمة الاستئناف الأهلية مذهب العلم ، وبوجه -

المطلب الثالث

مرحلة تمهيدية في التعاقد

(الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي والعربون)

١٣١ — **تعاقده غير نهائي** : عالجنا فيما قدمناه كيف يتم التعاقد ، ووصلنا في ذلك إلى مرحلته النهائية. فربما كيف يتم العقد على نحو بات نهائي. ولكن قد يسبق مرحلة التعاقد النهائي مرحلة تمهيدية تؤدي على وجه محقق أو غير محقق إلى المرحلة النهائية . وأبرز الصور لهذه المرحلة التمهيدية الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي والعربون .

١ - الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي (*)

(Promesse de contrat — Contrat préliminaire)

(Avant — contrat)

١٣٢ — **الصور العملية للوعد بالتعاقد ولاتفاق الابتدائي** : الوعد بالتعاقد كثير الوقوع في الحياة العملية : يتوقع شخص حاجته في المستقبل إلى أرض يجوار مصنع أو منزله ، أو هو الآن في حاجة إليها ولكن لا يستطيع

== خاص في المسائل المدنية (٢٦ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ م ١٨٣). أما محكمة الاستئناف المختلطة فقضاؤها موزع بين مذهب العلم (٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ م ١٠١ — ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ م ١٥٧ — ٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ م ٢٢٦) وبين مذهب الإعلان (١٣ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ١٧٩ — ٩ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ م ٢٢٧). وليس ثمة شك في أن هذا المذهب الأخير هو أسلوب المذهب في المسائل التجارية . على أن مذهب الإصرار (التصديق) قد رددت عداه بعض أحكام القضاء المختلط والقضاء الأهلي (استئناف مختلط في ٦ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ م ٤٠١ — ديباط ٢١ أبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ م ٢٥١). ولم تتج لمحكمة النقض حتى اليوم فرصة للفصل في هذه المسألة . وغنى عن البيان أن النص الذي اختاره المشروع يقضى على هذا الخلاف بأمره . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ م ٥٣-٥٤).

(*) **بعض المراجع** : ديوج ٢ - فقرة ٤٦٣ وما بعدها — ليدوك (Leduc) رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ — ديشان (Deschamps) رسالة من باريس سنة ١٩١١ — ساباتييه (Sabatier) رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٦ — كوهرييه (Cohier) رسالة من بواتيه سنة ١٩٣٩ — بلانيول وريير وبولاتيجيه ٢ - فقرة ٣٤٢ وما بعدها — نظرية النقد للمؤلف فقرة ٢٥٩ وما بعدها — الدكتور حلي بهجت بدوى فقرة ٦٧ .

شراءها فوراً ، فيكتفى بالتعاقد مع صاحب هذه الأرض على أن يتعهد هذا ببيع الأرض له إذا أبدى رغبته في الشراء في مدة معينة ، فيتقيد صاحب الأرض بالعقد دون أن يتقيد به الطرف الآخر . يقوم المستأجر بإصلاحات هامة في العين المؤجرة ، ويحصل قبل قيامه بهذه الإصلاحات من المالك على وعد ببيع العين له إذا رغب شراءها في خلال مدة الإيجار حتى ينتفع بهذه الإصلاحات انتفاعاً كاملاً . يعد المالك من تسلم الشيء بشرط مذاقه أن يبيعه إياه إذا هو أعلن رغبته في الشراء في مدة معينة ، وهذا ما يسمى ببيع المذاق (م ٤٢٢) . يؤجر المالك العين ويشترط على المستأجر أن يشتريها إذا هو أبدى رغبته في البيع في خلال مدة الإيجار ، وهذا هو الوعد بالشراء يقابل الوعد بالبيع في الصور المتقدمة . يفتح مصرف حساباً جارياً لعميل قبل أن يقرضه شيئاً ، فيكون هذا وعداً من المصرف بالإقراض عندما يريد العميل أن يقرض . ويلاحظ في كل هذه الصور - الوعد بالبيع والوعد بالشراء والوعد بالإقراض - أن العقد ملزم للطرف واحد هو الواعد . أما الموعد له فلم يلزم بشيء .

على أن هناك صوراً أخرى للوعد بالتعاقد يكون فيها ملزماً للجانبين : يريد شخصان التعاقد ولكنهما لا يستطيعان ذلك فوراً . يمنعهما من ذلك مثلاً إجراءات لا بد منها في إبرام العقد النهائي كاستخراج مستندات ضرورية أو الحصول على إذن من المحكمة الشرعية أو المحكمة الحسبية أو نحو ذلك . أو يمنعهما ضرورة الكشف عن العقار لتبين ما عسى أن يثقله من الحقوق العينية . أو يمنعهما أن هناك مصروفات كثيرة يقتضيها إبرام العقد النهائي وشهره وهما لا يستطيعان الاضطلاع بها في الحال (١) . هذه بعض أمثلة من الموانع التي تحول دون إبرام العقد النهائي فوراً . ولكن المتعاقدين قد قرر قرارهما على إبرام العقد ، ويريدان التقيد به منذ الآن . فيمضيان اتفاقاً ابتدائياً يعد كل منهما فيه الآخر بأن يمضى العقد النهائي في مدة تعين في

(١) ويقع كثيراً في بعض هذه الصور أن المتعاقدين يقصدان أن يكون العقد المبرم عقداً نهائياً ، ويسميانه مع ذلك عقداً ابتدائياً . والمرة في ذلك بنية المتعاقدين (أنظر الشروع في لجنة المراجعة : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٧٧) .

الاتفاق . وهذا هو الاتفاق الابتدائي . وهو وعد بالتعاقد ، ولكنه وعد ملزم للجانبين .

ولننظر الآن كيف يتعقد الوعد بالتعاقد ، في صورتيه الملزمة لجانب واحد والملزمة للجانبين . وما الذي يترتب عليه من الآثار .

١- كيف يتعقد الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي

١٣٣ - الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي وسط بين الإيجاب

والتعاقب **إسهابي** : الوعد بالتعاقد . وكذلك الاتفاق الابتدائي ، عقد كامل لا مجرد إيجاب . ولكنه عقد تمهيدى لا عقد نهائي . وعلى هذين الأساسين ترتكز كل القواعد التي سنقررها في هذا الموضوع .

وأول ما يستخلص من ذلك أن الوعد بالتعاقد ، وكذلك الاتفاق الابتدائي ، وسط بين الإيجاب والتعاقد النهائي . وبيان هذا أن الواعد بالتعاقد - بالبيع مثلاً - يلتزم بأن يبيع الشيء الموعود ببيعه إذا أبدى الطرف الآخر رغبته في الشراء . وهذا أكثر من إيجاب ، لأنه إيجاب قد اقترن به القبول فهو عقد مل . ولكن كلا من الإيجاب والقبول لم ينصب إلا على مجرد الوعد : بيع - أو على بيع تمهيدى في حالة الاتفاق الابتدائي - ولذلك يكون الوعد بالتعاقد . وكذلك الاتفاق الابتدائي . مرحلة دون التعاقد النهائي ، وهو خطوة نحوه .

١٣٤ - ما الذي يجب الاتفاق عليه في الوعد بالتعاقد والاتفاق

الإسهابي : تنص الفقرة الأولى من المادة ١٠١ من القانون المدني الجديد على أن الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يتعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها (١) . وهذا الحكم نتيجة منطقية من أن كلا من الوعد

(١) تاريخ النص : وردت المادة ١٠١ بفقرتيها في المشروع التمهيدي (م ١٥٠) على الوجه الآتي : ١٥ - الاتفاق الابتدائي الذي يعد بموجبه التعاقدان أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحاً إلا إذا حددت المسائل الأساسية للعقد المراد إبرامه والمدة =

بالتعاقد والاتفاق الابتدائي هو خطوة نحو التعاقد النهائي . فوجب أن يكون السبيل مهياً لإبرام العقد النهائي بمجرد ظهور رغبة الموعود له في الوعد بالتعاقد الملزم لجنب واحد ، أو بمجرد حلول الميعاد في الاتفاق الابتدائي الملزم للجانبين .

والمسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه هي أركان هذا العقد . فإن كان بيعاً وجب أن يتفق الطرفان على المبيع والثن (١) . وإن كان شركة وجب أن

== التي يجب أن يتم فيها العقد . ٢ - إذا اشترط القانون لصحة العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعداً بإبرام هذا العقد . ولما عرض النص على لجنة المراجعة عدله على الوجه الآتي : ١٥ - الاتفاق الابتدائي الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينقذ إلا إذا عبت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها . ٢ - وإذا اشترط القانون تمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد . . وأصبح رقم المادة ١٠٣ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل . وفي لجنة القانون الذي بمجلس الشيوخ استفهم عما هو مقصود بالشكل معين ، فأجيب أن المقصود بالشكل هي الرسمية في عرف الفقه والقضاء ، فمثلاً عقد الهبة لا يتم إلا إذا كتب في ورقة رسمية طبقاً للأوضاع المقررة ، فالوعد بالهبة لا يتم هو أيضاً إلا إذا كتب في ورقة رسمية ، وهذا هو مدلول الفقرة الثانية من المادة ١٠٣ . (ملاحظة من المؤلف : الشكلية أوسع من الرسمية ، ففقد الشركة في القانون الجديد يجب أن يكون مكتوباً (م ٥٠٧) . وليس من الضروري أن يكون مكتوباً في ورقة رسمية ، فهو عقد شكل دون أن يكون عقداً رسمياً ، ويترتب على ذلك أن الوعد بالشركة يجب أن يكون مكتوباً كمعقد الشركة ذاته) . واعترض أمام لجنة القانون المدني على كلمته « ابتدائي » الواردة في النص ، إذ هي قد تحدث لبساً ، لأن العمل قد جرى على اعتبار العقود الابتدائية عقوداً نهائية ، فوافقت اللجنة على حذف هذه الكلمة دفناً للبس . ثم وافقت اللجنة ووافق مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ١٠١ (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٧٢ - ٧٦) . وانظر المادة ٢٢ من قانون الالتزامات - السبسي والمادة ٦٢ من قانون الالتزامات البولوني .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الثمن ركن من أركان البيع التي يجب التثبت من توافرها قبل الحكم بانقضاءه ، وما يجزئ فاضي الموضوع من هذا التثبت - في دعوى صحة التعاقد - يجب عليه أن يورده في أسباب حكمه ليقوم هذا الإيراد شاهداً على أنه لم يقلل أمر هذا الركن من أركان العقد المتنازع فيه ، وليمكن به محكمة النقض من أن تأخذ بمحققها في الإشراف على مراعاة أحكام القانون . فإذا كان الحكم الصادر بثبوت حصول البيع بين طرفيه وبالترخيص بتسجيل الحكم ليقوم مقام العقد في نقل الملكية مجهلاً فيه ركن الثمن القول بأن البيع تم على أساسه ، فإنه يكون مشوباً بقتور أسبابه ، متعباً بقضه (قضى مدني في ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢ ص ١١٣) .

يتنفا على المشروع المالى الذى تكونت من أجله الشركة وعلى حصة كل شريك . وإن كان مقايضة وجب أن يتنفا على الشئين اللذين يقع فيهما التفاض ؛ وهكذا . فإذا لم يتم الاتفاق على جميع هذه المسائل ، فإن الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى لا ينعقدان .

وتعيين المدة التى يجب فى خلالها إبرام العقد الموعود به ضرورى أيضاً لانعقاد الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى . وهذا التعيين قد يقع صراحة على مدة محددة أو قابلة للتحديد . وقد يقع دلالة كما إذا كان العقد الموعود به لا يجدى تنفيذه بعد فوات وقت معين . فهذا الوقت هو المدة التى يجب فى خلالها إبرام هذا العقد . وإذا اتفق الطرفان على أن تكون المدة هى المدة المعقولة ، وكان فى عناصر القضية ما يهض لتحديد هذه المدة ، جاز الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى لأن المدة هنا تكون قابلة للتحديد ، وإذا اختلف الطرفان على تحديدها تكفل القاضى بذلك .

١٣٥ - الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى فى العقود الشكبية :

وإذا كان العقد الموعود به عقداً شكبياً . كخبة والرهن الرسمى والشركة ، فإن الشكل الذى يعتبر ركناً فيه - ورقة رسمية أو ورقة مكتوبة - يعتبر أيضاً ركناً فى الوعد بالتعاقد وفى الاتفاق الابتدائى . وهذا ما تقتضى به صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٠١ ، فهى تنص على أنه «إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد (١) » .

فإذا لم يستوف الوعد بالتعاقد أو الاتفاق الابتدائى الشكل المطلوب وقع باطلا (٢) . فالوعد بالرهن الرسمى إذا لم يفرغ فى ورقة رسمية كان باطلا ، ولا يجوز إجبار الواعد على تنفيذ وعده تنفيذاً عينياً بأن يجبر على إبرام الرهن الرسمى ، لأن هذا يقتضى تدخلاً شخصياً من الواعد لإتمام رسمية الرهن . وإجباره على هذا التدخل الشخصى ممنوع . ولا يجوز كذلك أن يقوم الحكم

(١) أنظر هامش فقرة ١٣٤ فى تاريخ هذا النص .

(٢) ويلاحظ أن العقد إذا كان رضائياً ، فإن الوعد بهذا العقد يكون رضائياً مثله ، حتى لو اشترط المتعاقدان عند الوعد بالتعاقد أن يكون العقد التهاى مكتوباً فى ورقة رسمية . ذلك أن الرسمية المطلوبة فى العقد التهاى قد اشترطها المتعاقدان ولم يشترطها القانون ، فالعقد الموعود به هو فى أصله عقد رضائى لا عقد شكلى .

على الواعد بالتنفيذ مقام الرهن الرسمي لأن الوعد بالرهن باطل كما قدمنا ،
ولأنه أوجاز ذلك لأنه يمكن بطريق ملتو أن يصل الطرفان إلى إبرام رهن رسمي
دون ورقة رسمية ، إذ يقتصران على وعد بالتعاقد غير رسمي يصلان به إلى
حكم يقوم مقام الرهن الرسمي .

ولكن يجوز أن يؤدي الوعد بالرهن الرسمي غير المنقog في ورقة رسمية
إلى النتيجة الآتية : يعتبر عقداً غير معين ثم بإيجاب وقبول
وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، و تب التزاماً شخصياً في ذمة الواعد .
ولما كان هذا الالتزام يتعذر تنفيذه حيناً ، فلا يبقى إلا التعويض بحكم به
على الواعد ، ويجوز أن يؤخذ به حق الدائن فيؤدي عملاً إلى نتيجة قريبة
من الرهن الرسمي . كما يجوز الحكم بسقوط أجل القرض الذي كان يراد
ضمانه بالرهن . وأخذ حق اختصاص بمبلغ القرض (١) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يتناول
النص حكم الوعد بالتعاقد سواء فيما يتعلق بالقبول للجانين والقبول المزمع لجانب واحد .
ويشترط لصحة مثل هذا الاتفاق التمهيدي تحديد المسائل الأساسية في التماقد والمدة التي يتم فيها .
أما فيما يتعلق بالشكل فلا يشترط وضع خاص — على قبض الثقتين البولوني فهو يشترط
الكتابة إطلافاً في المادة ٦٢ فقرة ٢ — إلا إذا كان القانون يعلق صحة العقد المقصود بإبرامه
على وجوب استيفاء شكل معين ، ففي هذه الحالة ينبغي الحكم الخاص باشتراط الشكل على
الاتفاق التمهيدي نفسه . وبوجه هذا النظر أن إغفال هذا الاحتياط يعين على الإنفلات من قيود
الشكل الذي يفرضه القانون ، ما دام أن الوعد قد يؤدي إلى إتمام التعاقد المراد عقده فيما إذا
حكم القضاء بذلك . ويمكن بلوغ هذه الغاية أن يبدل اتفاقان عن إبرام العقد الذي يرغب
في الإنفلات من القيود الخاصة بشكله ، ويعمداً إلى عقد اتفاق تمهيدي أو وعد بإتمام هذا
العقد لا يستوفي فيه الشكل المفروض ، ثم يصدر احكاماً يقرر إتمام التعاقد بينهما ، وبذلك
يتاح لهما أن يصلا من طريق غير مباشر إلى عدم مراعاة القيود المتقدم ذكرها . ومع ذلك فالوعد
بإبرام عقد رسمي لا يكون خلواً من أي أثر قانوني إذا لم يستوف ركن الرسمية . فإذا صح أن
كل هذا الوعد لا يؤدي إلى إتمام التعاقد المقصود فعلاً ، فهو بذاته تعاقد كامل يرتب التزامات
التقصية ، طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة . وهو بهذه المثابة قد ينتهي عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام
عهد الرهن أو على الأقل إلى قيام دعوى بالتعويض ، بل وإلى سقوط أجل القرض الذي يراد
ترتيب الرهن لضمان الوفاء به . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٣ — ص ٧٥) .

هذا وينتقد الدكتور أبو عافية في رسالته (التصرف القانوني المجرد نسخة فرنسية ص ٦٠
وما بعدها) القانون الجديد في أنه جعل الوعد بالعقد الشكلي — إذا لم يفرغ في الشكل المطلوب —
باطلاً . وهو يرى وجوب التمييز في هذا الصدد بين ما إذا كان الشكل في نرضه القانون لمصلحة
الماقدين فيكون الوعد في هذه الحالة باطلاً ، أو فرض لمصلحة الغير حماية لهم من الفس وإبرازاً ==

١٣٦ - شروط الانقضاء والصحة في العقد الموعود به ومتى نراعى في

الوعد بالتعاقب والانقضاء الإبرائي: ولما كان الوعد هو خطوة نحو العقد النهائي ، فإن شروط هذا العقد من حيث الانقضاء والصحة قد تكون مطلوبة في عقد الوعد ذاته . ذلك أنه ، كما قدمنا : لا يحول في الوعد دون الوصول إلى العقد النهائي إلا ظهور رغبة الموعود له إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد ، أو حلول الميعاد لإبرام العقد النهائي إذا كان الوعد ملزماً للجانبين (أي اتفاقاً ابتدائياً) .

== لإرادة المتعاقدين فيكون الوعد في هذه الحالة صحيحاً (أنظر في هذا المعنى قانون الالتزامات اليوسري ٢٢م ققرة ٢) . ويستند في ذلك إلى أن القانون هو الذي فرض الشكل وهو الذي يعين جزاءه ، فينبغي أن يكون هذا الجزاء مرتباً بتلازم مع الظروف في كل حالة ما دام الشكل أمراً خارجياً عن الإرادة ولا يبقى عنها .

ونحن نعلم مع الدكتور أبو غافية بأن الشكل في القانون الحديث وطيفته خارجية لادخلة ، وأنه لا يبقى عن وجود الإرادة . وعلى هذا الأساس يكون الشكل من صلب القانون ، وهو الذي يعين له الجزاء السكافي في حالة الإخلال به . فقد يجعل العقد الذي لم يستوف الشكل المطلوب باطلا لا ترد عليه الإجازة ، وقد يسمح بإجازته كما في الحبة الباطلة شكلاً (م ٨٩٤ : جديد) ، وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل ، وأن يتخف به في فرس دون فرس كما في شركات التضامن والتوصية . بل إن هذا هو أيضاً شأن الشكل ذي الوظيفة الدخيلة — كما كان الأمر في القانون الروماني — إذ القانون استقل هنا كذلك بصنع الشكل ، وأمس في ذلك إلى حد أن استغنى به عن الإرادة .

فإذا رأى المشرع أن يجعل الوعد بالتعاقب شكلياً مثله ، وأن يرتب على الإخلال بهذا الشكل بطلان الوعد — دون تفرقة بين ما إذا كان الشكل لمصلحة المتعاقدين أو لمصلحة الغير وهي تفرقة تدق في كثير من الأحيان — فله ذلك . وهو لا يخل في هذا بسلطان الإرادة مادام قد ميز الوعد بالعقد وارتفع به عن محض اتفاق ملزم إلى جهة سبيل الوصول إلى العقد الكامل عن طريق حكم قضائي . إذ لا يجوز في طبيعة الأشياء أن الوعد بعقد شكلي يؤدي مباشرة إلى هذا العقد الشكلي ما لم يكن الوعد ذاته مفرغاً في الشكل المطلوب ، وإلا جاز دائماً التعايل على الشكل .

ولكن لا يجوز للمشرع ، من ناحية مبدأ سلطان الإرادة ، أن يكر على أي وعد قوته اللازمة حتى لو لم يفرغ في الشكل المطلوب ، لا باعتبار أنه وعد بعقد معين ، بل على أساس أنه اتفاق غير مسمى ، وهو ملزم على كل حال . وإعنا يجب على المشرع أن يكر على هذا الاتفاق أن يؤدي مباشرة إلى العقد الشكلي الكامل ما لم يكن مفرغاً في الشكل المطلوب . وهذا هو ما نقرره المدكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي ، وهو ما اتفقوا الدكتور أبو غافية في رسالته دون نظر إلى الاعتبارات التي قدمناها .

ويترتب على ذلك أن الوعد إذا كان ملزماً للجانبين ، فإن الأهلية المطلوبة لإبرام العقد النهائي في كل من الطرفين تكون مطلوبة أيضاً في الاتفاق الابتدائي . أما إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد ، فتقدر الأهلية بالنسبة إلى الواعد وقت الوعد ، فيجب أن يكون أهلاً للتعاقد النهائي في هذا الوقت حتى لو فقد الأهلية وقت التعاقد النهائي بأن حجر عليه مثلاً (١) .

وعيوب الإرادة بالنسبة إلى الواعد تقدر وقت الوعد أيضاً لأنه لا يصدر منه رضاء بعد ذلك إذ أن التعاقد النهائي يتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له . أما أهلية الموعود له فتقدر وقت التعاقد النهائي لا وقت الوعد ، فيصح أن يكون قاصراً وقت الوعد بشرط أن تتوافر فيه الأهلية وقت ظهور رغبته ، ذلك لأنه لا يلتزم بشيء وقت الوعد وإنما يلتزم عند التعاقد النهائي . على أنه يجب أن تتوافر فيه أهلية التعاقد - أي التمييز - وقت الوعد لأن الوعد عقد كامل كما قدمنا وهو أحد طرفيه . أما عيوب الإرادة فتقدر بالنسبة إليه وقت الوعد ووقت التعاقد النهائي معاً ، إذ أنه يصدر منه رضاء في كل من هذين الوقتين ، فيجب أن يكون رضاؤه في كل منهما صحيحاً .

وسواء كان الوعد ملزماً لجانب واحد أو ملزماً للجانبين فإن مشروعية الحل والسبب يكفي توافرها وقت التعاقد النهائي ، حتى إذا لم تكن متوافرة وقت الوعد .

ب - الآثار التي تترتب على الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي .

١٣٧ - مرملائه يفصلهما ملول الميعاد أو ظهور الرغبة : إذا انعقد الوعد صحيحاً على النحو الذي قدمناه ، فإن الأثر الذي يترتب عليه يجب أن نميز فيه بين مرحلتين . فإذا كان الوعد ملزماً للجانبين (اتفاقاً ابتدائياً) فإن حلول الميعاد المضروب لإبرام العقد النهائي هو الذي يفصل ما بين هاتين المرحلتين . أما إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد فإن الذي يفصل بينهما هو ظهور رغبة الموعود له في التعاقد النهائي .

(١) ويشترط طبعاً ألا يقع أي تعديل فيما التزم به الواعد وقت الوعد . انظر في هذا المعنى ديعوج ٢ فقرة ٥٢١ - بلانويل وريبير وإسحاق ١ فقرة ١٤٥ .

١٣٨ - قبل حلول الميعاد أو ظهور الرغبة : في المرحلة التي تسبق حلول الميعاد أو ظهور الرغبة لا يكسب الوعد إلا حقاً شخصياً ولا يربط إلا التزامات : حتى لو كان التعاقد النهائي من شأنه أن ينقل حقاً عينياً كما في البيع . يتبين ذلك في الاتفاق الابتدائي (الوعد الملزم للجانبين) . فإن كلا من الطرفين يكون ملزماً ، في المرحلة التي تسبق حلول الميعاد المضروب لإبرام العقد النهائي . بإبرام هذا العقد عند حلول الميعاد : وهذا التزام بعمل . ويتبين ذلك أيضاً في الوعد الملزم للجانب واحد . فإن الواعد وحده يترتب في ذمته التزام شخصي أن يقوم بوعده عند ظهور رغبة الموعود له ، وهذا أيضاً هو التزام بعمل ، أما الموعود له فلا يلتزم بشيء .

فإذا كان العقد النهائي المراد إبرامه هو عقد بيع . وتم اتفاق ابتدائي ملزم للجانبين على عقده . أو تم وعد ملزم للجانب واحد . فإن الموعود له بالبيع في الحالتين لا يكسب في هذه المرحلة إلا حقاً شخصياً في ذمة الواعد ، ولا تنتقل إليه ملكية الشيء الموعود ببيعه . ويترتب على ذلك أمران لا يخلو من أهمية علمية :-

(أولاً) يبقى الواعد مالِكاً للشيء . فله أن يتصرف فيه إلى وقت التعاقد النهائي ، ويسرى تصرف الواعد في حق الموعود له متى توافرت الشروط المتعلقة بالشهر بالنسبة إلى العقار . فإذا باع العين وسجل البيع ، فليس للموعود له إلا الرجوع بتعويض على الواعد .

(ثانياً) إذا هلك الشيء قضاء وقدرًا تحمل الواعد تبعه هلاكه ، لا لأنه لم يسلمه إلى المتعاقدين الآخرين فحسب كما في العقد النهائي ، بل أيضاً لأنه لا يزال المالك . ولكنه لا يكون مسؤولاً عن الضمان نحو الموعود له إذ المفروض أن الشيء قد هلك قضاء وقدرًا (١) .

(١) وكهلاك الشيء نزع ملكيته ، يتحمل الواعد تبعه ، ولكن لا يكون مسؤولاً عن الضمان . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز بحال أن يحسب على الواعد نزع ملكية بعض العين للنفعة العامة ، لأن نزع ملكية المبيع يجري عليه حكم هلاكه ، وهذا يكون حتماً على المالك ، وبموجب النزوع العقلي لا يصح عنه الواعد بالبيع (قس مدني في ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٨٤ ص ٢٤٠) .

١٣٩ - بعد حلول الميعاد أو ظهور الرغبة : أما المرحلة الثانية فتحل .

في الاتفاق الابتدائي الملزم للجانبين . بحلول الميعاد المحدد لإبرام العقد النهائي . فإذا حل هذا الميعاد التزم كل من الطرفين بإجراء العقد النهائي . وجاز إجباره على التنفيذ عيناً على النحو الذي سنبينه فيما يلي . ومتى وقع التعاقد النهائي التزم كل من المتعاقدين بأحكامه (١) .

وتحل المرحلة الثانية في الوعد الملزم لجانب واحد بظهور رغبة الموعود له في إبرام العقد الموعود به وذلك في خلال المدة المتفق عليها . فإذا لم تظهر هذه الرغبة قبل انقضاء المدة سقط الوعد بالتعاقد . أما إذا ظهرت ، صراحة أو ضمناً كأن تصرف الموعود له في الشيء الموعود ببيعه إياه . فإن التعاقد النهائي يتم بمجرد ظهور هذه الرغبة ولا حاجة لرضاء جديد من الواعد (٢) . ويعتبر التعاقد النهائي قد تم من وقت ظهور الرغبة لا من وقت الوعد .

وإذا اقتضى إبرام العقد النهائي تدخلاً شخصياً من الواعد . في حالتي الوعد الملزم للجانبين والوعد الملزم لجانب واحد ، كما إذا كان هذا العقد بيعاً واقعاً على عقار ولزم الصديق على إمضاء البائع تمهيداً للتسجيل . فامتنع البائع عن ذلك ، جاز استصدار حكم ضده . وقام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي مقام عقد البيع . فإذا سجل انتقلت ملكية العقار إلى المشتري . ويستثنى من هذه القاعدة العقد الشكلي إذا لم يكن الوعد به قد استوفى الشكأن المطلوب . فقد قدمنا أن الحكم فيه لا يقوم مقام العقد . بل يقتصر القاضي

(١) وإذا اختلف العقد النهائي عن الاتفاق الابتدائي ولعرة بالعقد النهائي فهو الذي تم عليه الاتفاق نهائياً . وقد قضت محكمة النقض ، نصيحاً لهذه القاعدة ، بأنه إذا كان الحكم فيما حصله من وثائق الدعوى لتحديد التزامات كل من طرفي التعاقد توضحه لفرقة القصر منهما قد رجع إلى عقد البيع الابتدائي دون العقد النهائي أدى اختلاف شروطه عن العقد الابتدائي وبه استقرت الملائقة بين الطرفين ، فإنه يكون قد خالف قانون عدم أخذه بهذا العقد الذي يكون هو قانون المتعاقدين (نقض مدني في ٢٣ مارس سنة ١٩٥٥ مجموعة عمر : رقم ١١٤ ص ٣٠٢) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اتفق الموعود على أن أحدهما الخيار في مدة معينة في أن يشتري العين ، فإن صاحب الخيار لا يتدخل من التسميات إلا عند عدم قبول التعاقد في المرة المحددة للاختيار . أما إذا قبل التعاقد فإنه يصبح مسئولاً عن التنفيذ وملزماً بالتسميات في حالة عدم التنفيذ (نقض مدني في ١٤ مايو سنة ١٩١٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٥ ص ٤٣٠) .

على الحكم بالتعويض . أما إذا كان الوعد بعقد شكلي قد استوفى الشكل الواجب . فإن الحكم في هذه الحالة يقوم مقام العقد . وهذه الأحكام نص عليها القانون المدني الجديد صراحة في المادة ١٠٢ . فهي تنقضي بأنه «إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً بتنفيذ الوعد . وكانت الشروط اللازمة لتام العقد . وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل ، متوافرة . قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد (١) » .

§ - ٢ العربون

(Les arrhes)

١٤٠ - العربون ودلائله في القوانين المدنية : يتفق أحياناً أن يدفع أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد مبلغاً من المال - يكون عادة من النقد - يسمى العربون . وأكثر ما يكون ذلك في عقد البيع وفي عقد الإيجار ، فيدفع المشتري للبائع أو المستأجر للمؤجر جزءاً من الثمن أو من الأجرة .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥١ من المشروع التهديدي على الوجه الآتي : « إذا وعد شخص بإبرام عقد ، وامتنع عن تنفيذه وعده . - حاز للحكم . أن تحدد له أجلاً لتنفيذ إن طلب المتعاقد الآخر ذلك ، وكانت الشروط اللازمة لصحة العقد ، وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل ، متوافرة . فإذا أتم إبرام العقد في أجل المحدد ، قدم الحكم ، متى حاز قوة الشيء المحكوم فيه ، مقام العقد » . ولما تلى النص في لجنة المراجعة لحظ أن هذه المادة لا تعرض للحالة التي يوجد فيها عقد يسمى خطأ بالعقد الابتدائي وهو في الواقع عقد نهائي ، لأن هذه الحالة منصوص عليها في المادة ٢٨٧ من المشروع التهديدي (تقابل المادة ٢١٠ من القانون الجديد) ، وإنما يعرض النص لحالة ما إذا وجد عقد ابتدائي بالمعنى الصحيح يتلوه عقد نهائي ، لاسيما إذا كان العقد من العقود الشكلية كالرهن الرسمي ، فتم وجد وعده برهن رسمي مثلاً ، وكان هذا الوعد قد استوفى الشروط الشكلية ، جاز إذا لم ينفذ الواعد وعده أن يجبر على ذلك ، ويقوم الحكم مقام العقد النهائي . وهذا الحكم ليس مقصوداً به في القانون الحالي فوجب النص حتى يزول كل شك . فأثير اعتراض على تحديد أجل التنفيذ ، واستقر الرأي بعد المناقشة على حذف هذا الشرط ، وأصبحت المادة في نصها النهائي كما يأتي : « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً بتنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لصحة العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به ، مقام العقد » . وأصبح رقم المادة ١٠٤ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ استبدلت عبارة « مقام العقد » بعبارة « لصحة العقد » ، وأصبح رقم المادة ١٠٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٧ - س ٧٩) - أنظر أيضاً المادة ٦٢ الفقرة الثالثة من القانون البولوني .

ويكون غرض المتعاقدين من ذلك إما حفظ الحق لكل منهما في العدول عن العقد بأن يدفع من يريد العدول قدر هذا العيوب للطرف الآخر ، وإما تأكيد العقد والبت فيه عن طريق البدء في تنفيذه بدفع العيوب .

وقد انقسمت القوانين الأجنبية بين هاتين الدالتين المتعارضتين . فالقوانين اللاتينية بوجه عام تأخذ بدلالة العدول (١) ، أما القوانين الجرمانية فتأخذ بدلالة البت (٢) . وغنى عن البيان أن كلتا الدالتين قابلة للإثبات العكس ، فإذا تبين من اتفاق المتعاقدين أو من الظروف أن المقصود من العيوب هو غير ما يؤخذ من دلالة المفروضة وجب الوقوف عند ما أراده المتعاقدان .

١٤١ - العربيه في القانون المدنى القديم : لم يرد نص عن هذه المسألة في القانون المدنى القديم ، فكان القضاء المصرى يتردد بين الدالتين (٣) .

(١) أنظر مثلا المادة ١٥٩٩ من القانون الفرنسى والمادة ١٢١٧ من قانون الإيطاليا القديم . ومع ذلك انظر المادة ١٧٠ من المشروع الفرنسى الإطالى .
(٢) أنظر المادة ٣٣٦ من القانون الألمانى والمادة ١٥٨ من قانون الالتزامات السويسرى والمادة ٧٤ من القانون البولونى .

(٣) قضت محكمة الاستئناف المختصة بأن اشتراط العيوب لا يدل على جواز العدول بل على إثبات حق الفسخ مع تحديد التعويض الواجب عند التخلف عن الوفاء (٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٤٢ - ١٧ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٥٤) ، على أن المشترى الذى يفقد العيوب بسبب التخلف عن تنفيذ العقد لا يحق له إدامة الدليل على أن البائع لم يصبه ضرر من جراء ذلك على قبض ما يجرى بشأن الشرط الجزائى (١٦ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢٢ - أول فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٤٢) ، وقضت كذلك بأن العيوب قد يدل على الثبات (٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥) .

وفى دعاوى أخرى قضت المحاكم المصرية بأن العيوب فى حالة الشك يدل على جواز العدول (محكمة استئناف مصر الوطنية فى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ رقم ٢٦ ص ٣٥ - القضاء المستعجل فى ٢٨ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٦٢ ص ١١١ - محكمة الاستئناف المختطة فى ٣١ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٤) .

وقضت محكمة الاستئناف المختطة بأنه إذا كان العيوب دليل العدول لوقت معين ، فلا يجوز العدول بعد انقضاء هذا الوقت . أما إذا لم يبين وقت لجواز العدول فيجوز العدول إلى وقت التنفيذ . وبأنه لا يجوز إساءة استعمال الحق فى العدول ، فالبايع الذى أظهر نيته فى أن يعصى فى العقد دون استعمال حقه فى العدول وأخذ يقوم بالإجراءات اللازمة لإتمام العقد حتى أودع على إتمامها ثم عدل بعد ذلك لجأه ليقصر على خسارة العيوب بل يجب أيضاً أن يدفع ما لإساءته استعمال حقه فى العدول (٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥) .

وكان في ذلك يأخذ بنية المتعاقدين (١) . ويفسر هذه النية عند غموضها في ظل العرف الجارى . والظاهر أن العرف في مصر يميز بين البيع والإيجار . ففي البيع تكون دلالة العربون في العقد الابتدائي جواز العدول وفي العقد النهائي التأكيد والبث (٢) . أما في الإيجار فالعربون دليل على التأكيد والبث لا على جواز العدول ، ويعتبر تعجيلا لجزء من الأجرة تنفيذاً للعقد .

١٤٢ - العربون في القانون المدنى الجبرير : أخذ القانون المدنى

الجديد ، حسماً للخلاف والتردد ، بدلالة جواز العدول . ومن هنا كان العقد المقترن بعربون مرحلة غير باثة في التعاقد النهائي ، إذ يجوز العدول عنه .

وقد نصت المادة ١٠٣ من القانون الجديد على ما يأتى :

١٠ - دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق

فى العدول عنه ، ٢ إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن العربون هو ما يقدمه أحد العاقدين إلى الآخر عند إنشاء العقد ، وقد يريد المتعاقدان بالاتفاق عليه أن يجعل عقدهما مبرماً بينهما على وجه نهائى ، وقد يريدان أن يجعل لكل منهما الحق فى إمضاء العقد أو قطعه ، ونية العاقدين هى وحدها التى يجب التحويل عليها فى إعطاء العربون حكمه القانونى . وعلى ذلك إذا استخلص الحكم من نصوص العقد أن نية عاقديه انضدت على تمامه ، وأن المبلغ الذى وصف فيه بأنه عربون ماهو فى الواقع لاقية التعويض الذى انتفا على استحقاقه عند الفسخ المنسب عن تخصيص أحد المتعاقدين فى الوفاء بما التزم به ، وكان ما استظهرته محكمة الموضوع من نية المتعاقدين على هذا النحو تفسيراً للعقد تحتله عباراته ، فذلك يدخل فى سلطتها التقديرية التى لا تخضع فيها لرقابة محكمة النقض (قاضى مدنى فى ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٥٢ من ١٣٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن نية العربون ، وقد تكون لتأكيد العقد للجواز العدول عنه ، ترك لتفسير نية المتعاقدين (٢٥ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ من ١٥٧) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا دفع العربون وقت تحرير العقد الابتدائى كان هذا دليلاً على جواز العدول ، أما إذا دفع عند تحرير العقد النهائى فلا يجوز العدول (٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٣٩) - وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العربون فى العقد الابتدائى دليل على جواز العدول ، وفى العقد النهائى دليل على الثبات : ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ من ٧٤ (عقد ابتدائى) - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ من ٢٢ - ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ من ٢٠٤ - ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ من ٣٥٢ - ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ من ١١ (عقد نهائى) - ٥ أبريل ١٩٣٨ م ٥٠ من ٢١٥ (وهو الحكم الذى سبق الإشارة إليه) - محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة فى ١٥ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ من ١٠٣ .

٢- فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه ، هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر (١) .

ويتبين من هذا النص أنه إذا دفع عربون وقت إبرام العقد ، ولم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على أنه إنما دفع لتأكيد البتات في التعاقد ، كان

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

١٥- يكون العربون المدفوع وقت إبرام العقد دليلاً على أن العقد أصبح باتاً لا على أنه يجوز العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك ٢٠- فإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ العقد ، فللمتعاقد الآخر أن يختار بين التنفيذ والفسخ . وله في حالة الفسخ أن يحتفظ بالعربون الذى قبضه أو أن يطالب بضعف العربون الذى دفعه ، حتى لو لم يلحق به الفسخ أى ضرر . هذا مع عدم الإخلال بحقه في استكمال التعويض إن اقتضى الأمر ذلك . ٣- ويسرى حكم هذه المادة أياً كانت الألفاظ التى عبر بها المتعاقدان عن العربون . ولما تلى النص في لجنة المراجعة أقرته اللجنة في المشروع النهائى تحت رقم ١٠٥ بعد إبدال نص انقrote الأولى بالنص الآتى : « ١- دفع عربون وقت إبرام العقد يفيد أن العقد بات لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ نوقشت المادة تفصيلاً ، ورأت اللجنة أن تأخذ بحكم يخالف ماقدرته ، وقالت في تقريرها ما يأتى : « رأت اللجنة أن تأخذ بحكم يخالف ماقدرته المادة تمسحاً مع العرف ، فعدلت الفقرة الأولى باستبدال عبارة « لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه » ، بعبارة « المقدبات لا يجوز العدول عنه » ، وحذفت عبارة « أو العرف » لروال وجه الحاجة إليها بعد التعديل ، واستعاضت عن الفقرة الثانية بالنص الآتى : « فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه ، ولو لم يترتب على العدول ضرر » . وقد صدرت للجنة في هذه الإضافة عن وجوب التمسح مع العرف ، ولم ترعاً للإبقاء على الفقرة الثالثة فحذتها تاركة أمر تفسير نية المتعاقدين لتقدير القاضى . وأصبح النص كالآتى : ١٥- دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك . ٢- فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه . هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر » . وأصبح رقم المادة ١٠٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المسادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٨٠ - ص ٨٩ - وراجع المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في ص ٨١ - ص ٨٤) .

هذا وقد تضمن المشروع التمهيدى نصين آخرين ، هما المادتان ١٥٣ و ١٥٤ من هذا المشروع . نصت المادة ١٥٣ على ما يأتى :

١٥- إذا نفذ الالتزام الذى من أجله دفع العربون خصم العربون من قيمة هذا الالتزام ، فإذا استحال الخصم استرد العربون من دفعه . ٢- ويتعين كذلك رد العربون إذا استحال تنفيذ العقد لطرف لا يكون أحد من المتعاقدين . مثلاً عنها ، أو إذا فسخ العقد خطأً من المتعاقدين أو بانقضى بينهما . وقد حذفت هذا النص في لجنة المراجعة لإمكان الاستثناء عنه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة . ونصت المادة ١٤٩ على ما يأتى : « إذا انقضى التعاقدان على أن =

دفعه دليلاً على أن المتعاقدين أرادا أن يكون لكل منهما الحق في العدول عن العقد ، يستوى في ذلك البيع والإيجار وأى عقد آخر . فإذا لم يعدل أحد منهما عن العقد في خلال المدة التى يجوز له فيها العدول ، أصبح العقد باتاً ، واعتبر العربون تنفيذاً جزئياً له ، ووجب استكمال التنفيذ . أما إذا عدل أحد المتعاقدين عنه في المدة التى يجوز له فيها ذلك ، وجب على من عدل أن يدفع للطرف الآخر قدر العربون جزاء العدول . فإذا كان هو الذى دفع العربون فإنه يفقده ، ويصبح العربون حقاً لمن قبضه . أما إذا كان الطرف الذى عدل هو الذى قبض العربون ، فإنه يردده ويرد مثله ، أى يرد ضعفه (١) ، للطرف الآخر . حتى يكون بذلك قد دفع قيمة العربون جزاء عدوله عن العقد . ويلاحظ أن النص يترتب التزاماً بدفع قيمة العربون في ذمة الطرف الذى عدل عن العقد ، لا تعويضاً عن الضرر الذى أصاب الطرف الآخر من جراء العدول . فإن الالتزام موجود حتى لو لم يترتب على العدول أى ضرر كما هو صريح النص . بل تفسيراً لنية المتعاقدين . فقد فرض المشرع أن المتعاقدين أرادا إثبات حق العدول لكل منهما في نظير الالتزام بدفع قدر العربون ، فجعلنا العربون مقابلاً لحق العدول . وفي هذا يختلف العربون عن الشرط الجزائى ، فإن هذا الشرط تقدير اتفق عليه المتعاقدان لقيمة التعويض عن الضرر الذى ينشأ عن الإخلال بالعقد ، ومن ثم جاز للقاضى تخفيض هذا التقدير إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، بل جاز له ألا يحكم به أصلاً

== العربون دليل على جواز العدول عن العقد ، كان لكل منهما حق العدول ، فإن عدل من دفع العربون وجب عليه تركه ، وإن عدل من قبضه رد ضعفه . وقد حذفت لجنة القانون المدنى مجلس الشيوخ هذا النص بناء على تعديل المادة ١٠٣ من القانون على الوجه السابق الذكر . (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٨٠ — ص ٨٢ فى الهامش) .

(١) الصحيح لغة «ضعفه» لا «ضعفه» كما ورد فى نص القانون . فالضعف هو المثل ، والمثلان ضعفان لا ضعف واحد . وضعف الشيء مثله فى التعداد أو مثله وزيادة غير محصورة . وقد اختار القانون الجديد أن يقول الضعف وهو يريد الضعفين ، مؤثراً ذلك الخطأ المشهور على هذا الصواب المجهور ، حتى يتجنب اللبس فى صدد نصوس تشريعية الخطأ فى تطبيقها يؤتى إلى نتائج عملية خطيرة .

إذا لم يلحق الدائن أى ضرر . وسيأتى بيان ذلك عند الكلام فى الشرط الجزائى (١) .

أما إذا اتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على أن دفع العربون إنما كان لتأكيد العقد لا لإثبات حق العدول ، وجبت مراعاة ما اتفقا عليه . فلا يجوز لأحد منهما العدول عن العقد ، ولكل منهما مطالبة الآخر بتنفيذه . ويعتبر العربون تنفيذاً جزئياً يجب استكمالها . وتجرى على العقد الذى أبرم القواعد العامة التى تجرى على سائر العقود من جواز المطالبة بالتنفيذ العيني أو بالتعويض أو بالفسخ . وإذا فسخ العقد وترتب على الفسخ تعويض ، فليس من الضرورى أن يقدر التعويض بقدر العربون ، فقد يكون أكثر أو أقل بحسب جسامته الضرر .

المبحث الثانى

صحة التراضى

١٤٣ - **الأهلية وعيوب الإرادة** : كل ما قدمناه إنما هو فى وجود التراضى . ولا يكتفى أن يكون التراضى موجوداً ، بل يجب أيضاً أن يكون

(١) أنظر المواد ٢٢٣-٢٢٥ من القانون الجديد . ويختلف العربون عن الشرط الجزائى أيضاً فى التكييف القانونى .

فالعربون الذى يدفع فى مقابل العدول عن العقد يمكن تكييفه بأنه البدل فى التزام بدلى . ويكون المدين ملتزماً أصلاً بالالتزام الوارد فى العقد ودائماً بالحق الذى يقابل هذا الالتزام ، ولكن تبرأ ذمته من الالتزام ويسقط الحق المقابل إذا هو أدى العربون (٢٧٨م) . ومؤدى ذلك أن العدول فى حالة دفع العربون لا يكون عن العقد فى جملته ، بل عن الالتزام الأصل والحق المقابل له ، والعربون بدل مستحق بالعقد ، فدفعه إنما هو تنفيذ للعقد فى أحد شطريه وهو البدل ، لا عدول عنه فى جمته .

أما الشرط الجزائى فكالتعويض تماماً ، بل هو تعويض مقدر اتفق عليه المتعاقدان مقدماً . فالتكييف القانونى للشرط الجزائى هو ذات التكييف القانونى للتعويض . ولا يجوز القول بأن التعويض بدل فى التزام بدلى ، لأن المدين لا يملك أن يؤديه بدلاً من تنفيذ الالتزام الأصل تنفيذاً عينياً إذا كان هذا التنفيذ ممكناً وطالب به الدائن . ولا هو أحد الحلين فى التزام تخييرى ، فالدين لا يغير بينه وبين التنفيذ العيني إذا أراد الدائن هذا التنفيذ وكان ممكناً ، ولا خيار للدائن كذلك بين الحلين إذا تقدم المدين بالتنفيذ العيني .

صحيحاً . والتراضى لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً من ذى أهلية ولم تكن لإرادة أحد المتعاقدين مشوبة بعيب (١) . وعيوب الإرادة هى الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

ونبدأ بالكلام فى الأهلية ، ثم فى عيوب الإرادة .

المطلب الأول

الأهلية (*)

(La capacité)

١٤٤ - القانون القديم والقانون الجديد : اقتصر القانون القديم فى الأهلية على الإحالة إلى قانون الأحوال الشخصية بعد أن ميز بين الأهلية المقيدة والأهلية المطلقة (م ١٢٩ - ١٣٠ / ١٨٩ - ١٩٠ قديم) ، ثم ذكر أن الجزاء مع نقص الأهلية هو لإبطال العقد (م ١٣١ - ١٣٢ / ١٩١ - ١٩٢ قديم) .

أما القانون الجديد فقد عرض لأحكام الأهلية فى شىء من التفصيل ، فاشتركت نصوصه مع نصوص قانون المحاكم الحسبية (قانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ الصادر فى ١٣ يولييه سنة ١٩٤٧) فى كثير من الأحكام التى تطبق

(١) وقد تضمن المشروع التمهيدي نصاً هو المادة ١٦٢ من هذا المشروع يجرى عاماً : « يجوز لإبطال العقد : أولاً - لعدم توافر الأهلية فى المتعاقدين أو فى أحدهما . ثانياً - لئيب فى الرضاء » . ولما تلى هذا النص فى لجنة المراجعة اقترح حذفه لأنه يحدد حالات منصوفاً عليها فى المواد التالية ، فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال الحضرية ٢ ص ١١٠ فى المامش) .

(*) بعض المراجع : ديموج ٢ فترة ٦٦٦ وما بعدها - كايثان فى مقدمة القانون ص ١٤٤

وما بعدها - بنكاز تسكلة مبسوط بودرى جزء ٤ - بلانول وريبير وبولانجه فقرة ١٤٥ وما بعدها - فتحى زغلول فى شرح القانون المدنى ص ٢٦ وما بعدها - التلويح والتوضيح ٢ ص ٧٢٦ وما بعدها - مرشد المبران م ٢٦٨ - ٢٨٤ - شرح المحلة للأستاذ سليم باز ص ٥٣٤ وما بعدها - مقال للأستاذ أحمد ابراهيم بك فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى - مقال للأستاذ عزيز بك خانسكى فى بيع عقارات القصر (الشرائع ٤ ص ١٩٢ - ص ٢٠٧) . مقال للأستاذ حافظ رمضان (باشا) فى تصرفات المحجور عليه قبل وبعد الحجر فى الممامة السنة الأولى - مقال للأستاذ أحمد نشأت بك فى العته الموجب للحجر فى الممامة السنة الرابعة - والتون ١ ص ٣٤٧ وما بعدها - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣١٦ وما بعده - الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ٨٣ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبوسنت فقرة ١٣٨ وما بعدها .

على جميع المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين ، وهذا شطرنج قانون الأحوال الشخصية تم توحيدده للمصريين كافة . أما الأجانب فطبق عليهم قوانين الجنسية التي ينتمون إليها لأن الأهلية تعتبر من الأحوال الشخصية (م ١١ جديد) (١).

ونبحث في إيجاز النظرية العامة في الأهلية ، ثم ننتقل إلى الأحكام التي وردت عنها في القانون الجديد .

§ ١ - النظرية العامة في الأهلية

١٤٥ - أهلية المروجوب : يميز الفقهاء بين أهلية الوجوب (capacité

de jouissance) وأهلية الأداء (capacité d'exercice) .

ويعرف علماء أصول الفقه الإسلامى أهلية الوجوب بأنها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه . وأهلية الوجوب بهذا التعريف هي في الواقع الشخص ذاته منظوراً إليه من الناحية القانونية . فالشخص ، سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً ، إنما ينظر إليه القانون من ناحية أنه صالح لأن تكون له حقوق وعليه واجبات . فكل إنسان - بعد أن أبطل الرق - شخص قانونى تتوافر فيه أهلية الوجوب . وثبت له هذه الأهلية من وقت ميلاده ، بل وقبل ذلك من بعض الوجوه عندما يكون جنيناً ، إلى وقت موته ، بل وبعد ذلك إلى حين تصفية تركته وسداد ديونه . وكذلك الشخص الاعتبارى شخص قانونى تتوافر فيه أهلية الوجوب ، لأن الشخصية الاعتبارية

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في نظرة عامة في الأهلية ما يأتى :
« اكتفى في أهلية التعاقد بالنس على اعتبار الشخص أهلاً للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم أهليته ، وعلى القواعد الموضوعية الأساسية لا سيما ما تعلق منها بتحديد ما يكون لانعدام الأهلية أو قصها من أثر في صحة الرضاء . أما التفاصيل فموضعا القوانين الخاصة بذلك . ولم ير محل للإبقاء على نص المادة ١٢٩/١٨٩ من التقيتين الحالى لأنها تتناول تحديد دلالة الأهلية المطلقة والأهلية المقيدة ، وهى مسألة من مسائل التنظيم الموضوعى . أما المادة ١٣٠/١٩٠ من التقيتين الحالى ، وهى الخاصة بتعيين القانون الواجب تطبيقه في مسائل الأهلية ، والمادتان ١٣١ - ١٣٢/١٩١ - ١٩٢ المادتان بالرجوع على القاصر بمقتضى قواعد الإبراء بلا سبب ، فقد حلت في المشروع مكانها الطبيعى ، فوضعت الأولى بين قواعد تنازع القوانين في النصوص التمهيدية ، والمادتان الأخريان وردتا في سياق قواعد البطلان » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٠٩) .

ليست في الواقع إلا القابلية لامتلاك الحقوق وتحمل الواجبات .

فإذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت الشخصية معها ، وذلك كالجنين يولد ميتاً ، وكالميت بعد سداد ديونه ، وكجماعة من الناس ليست لهم شخصية معنوية ، وكالشركة بعد أن تصفى . وكالرقيق في القوانين التي كانت تبيع الرق ، وكمن يحكم عليه بالموت المدني في القوانين التي كانت تبيع ذلك ، وكالراهب في قوانين بعض الطوائف الدينية (١) .

(١) هذا وقد صدر حكاك متناقضان من محكمة استئناف مصر الوطنية ، أحدهما يعترف بالقوانين المسيحية في الرهينة ويضيفها على أنها عادة لها قوة القانون (٢٥ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٦٥ ص ٧٤٤) ، والحكم الثاني يقضى بعكس ما قضى به الحكم الأول ، فيعتبر قوانين الرهينة قوانين دينية محضة لا يعترف بها القانون ، وهي مخالفة لقوانين الأهلية التي تعتبر من النظام العام ، وأن مجرد الرهينة لا ينقل مال الراهب إلى الدير بل لابد من اتخاذ الطريق القانونية لذلك كأن توجب للدير أو توقف عليه (٩ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٦٥ ص ٧٤٦) .

ثم صدر حكم من محكمة النقض يقضى بأن الرهينة نظام جارٍ عدد من الطوائف المسيحية في مصر ، وقد اعترفت به الحكومة المصرية إذ اختصت الرهبان بعض المزايا فأعفتهم من الخدمة العسكرية ومن الرسوم الجزركية ، والقانون في المادة ١٤ من الأمر العالي الصادر في ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ بترتيب واختصاصات المجلس الملي لطائفة الأقباط الأرثوذكس قد صرح بأن للرهبنة نظاماً خاصاً يجب احترامه والعمل على تهاذ الأحكام المقررة له . ومن هذه الأحكام أن كل ما يفتنه الراهب بعد اغترافه في سلك الرهينة يعتبر ملكاً للبيعة التي كرس حياته لخدمتها . وينتج على ذلك أن الأموال التي تؤول للرهبان عن طريق وظائفهم أو بسببها تصبح ملكاً للبيعة . والحكم المضمون فيه إذ عد المطران مالكاً لما اشتراه وقت أن كان شاغلاً منصبه الديني تجرد أن العقود صادرة له شخصياً لا بصفته نائباً عن الكنيسة قد أخطأ في عدم الأخذ بالقواعد الكنسية المحددة للعلاقة المالية بين الرهبان والكنيسة حالة كونها قانون الطرفين (قض مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٥ ص ٤٣١) .

والظاهر من هذه الأحكام أنه يجب التمييز بين : (أولاً) ما يملكه الراهب قبل دخوله في الرهينة — وكذلك ما يملكه حتى بعد دخوله الرهينة عن ميراث أو وصية — فهذا يبقى ملكاً خاصاً له يورث عنه لأن شخصية الراهب لا تنعدم بدخوله سلك الرهينة فإن ذلك مخالف للنظام العام . (ثانياً) ما يملكه بعد دخوله في سلك الرهينة عن غير طريق الميراث أو الوصية ، فهذا يكون ملكاً للكنيسة ، لأن شخصيته انعدمت ، بل لأنه يعتبر ، طبقاً لقوانين الكنيسة التي تطبق هنا لعدم مخالفتها للنظام العام ، نائباً عن الكنيسة في تملكه هذه الأموال . ويؤيد هذا التمييز ما ورد في كتاب القوانين لابن العسال (طبعة سنة ١٩٢٧ ص ٣١٥) : « ليكن مروقاً ما للاستشف إن كان له شيء ، وليكن مروقاً ما للبيعة ، لكي ما يكون له سلطان على ما كان له لطبع فيه ربه ما أحب وبورته لمن أراد ... فأما ما اقتناه بعد الاستشف فهو للبيعة ، ليس له أن يوصى في شيء منه إلا ما صار إليه من ميراث من والدين أو إخوة أو أعمام » .

١٤٦ - أهلية الأداء : وأهلية الأداء هي صلاحية الشخص لاستعمال

الحق . ويقع أن تتوافر للشخص أهلية الوجوب دون أهلية الأداء ، فيكون مستمتماً بالحق ، وهذه هي أهلية الوجوب ، دون أن يستطيع استعماله بنفسه ، وهذه هي أهلية الأداء . ويتبين من ذلك أنه يمكن فصل أهلية الوجوب عن أهلية الأداء فصلاً تاماً . والذي يعنينا هنا هو أهلية الأداء ، فإذا أطلقنا الأهلية كانت هي المقصودة .

ويمكن تقسيم العقود من حيث الأهلية إلى أقسام أربعة : ١ - عقود اغتناء ، وهي عقود يغتنى من مباشرها دون أن يدفع عوضاً لذلك كالهبة بالنسبة إلى الموهوب له . ٢ - عقود إدارة ، وهي عقود ترد على الشيء لاستغلاله كالإيجار بالنسبة إلى المؤجر . ٣ - عقود تصرف ، وترد على الشيء للتصرف فيه بعوض كالبيع بالنسبة إلى كل من البائع والمشتري . ٤ - عقود تبرع ، وترد على الشيء للتصرف فيه بغير عوض كالهبة بالنسبة إلى الواهب .

فمن توافرت فيه الأهلية كاملة كان صالحاً لمباشرة هذه الأقسام الأربعة من العقود . ومن كان ناقص الأهلية فهو لا يصلح إلا لمباشرة بعض هذه الأقسام ، كالصبي المميز يصلح لمباشرة عقود الاغتناء وعقود الإدارة ، ولا يصلح وحده لمباشرة عقود التصرف ، ولا يصلح أصلاً لمباشرة عقود التبرع . وقد تكون الأهلية معدومة كما هي حال الصبي غير المميز ، فهو لا يصلح لمباشرة أى قسم من هذه الأقسام الأربعة .

١٤٧ - تمحيص الأهلية بتمييزها عن غيرها مما ينسب بها :

الأهلية مناطها التمييز ، لأن الإرادة لا تصدر إلا عن تمييز . فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية ، ومن نقص تمييزه كانت أهليته ناقصة ، ومن انعدم تمييزه انعدمت أهليته .

ويجب التفريق بين الأهلية والولاية على المال . فالأهلية هي ما عرفنا . أما الولاية على المال فهي نفاذ الأعمال القانونية على مال الغير . مثل ذلك الولي والوصي والقيم والوكيل عن الغائب ، كل هؤلاء لهم الولاية على مال الصغير والمحجور والغائب ، فلا يقال إن الولي له أهلية التصرف في مال الصغير ،

بل يقال إن له ولاية التصرف في هذا المال . فالولاية صلاحية بالنسبة إلى مال الغير . أما الأهلية فصلاحية بالنسبة إلى مال الشخص نفسه .

كذلك يجب التفريق بين عدم الأهلية وعدم قابلية المال للتصرف . فالقاصر غير أهل للتصرف في ماله . ويرجع ذلك لنقص في التمييز عنده . أما من وقف ماله فلا يستطيع التصرف فيما وقفه ، لا لنقص في الأهلية عنده راجع إلى نقص في التمييز ، بل لعدم قابلية المال الموقوف ذاته للتصرف .

ويجب التفريق أخيراً بين عدم الأهلية والمنع من التصرف . فقد يمنع شخص من التصرف لمصلحة مشروعة ، ولا يرجع ذلك لنقص في التمييز عند الشخص الممنوع كما في نقص الأهلية ، ولا لعدم قابلية المال للتصرف . مثل ذلك منع الشخص من أن يبيع ماله في مرض الموت إلا في حدود معينة . وقد روعيت في ذلك مصلحة الورثة . ومنع الزوجة في بعض الشرائع من التصرف إلا بإذن زوجها ، وقد روعيت في ذلك مصلحة الشركة المالية ما بين الزوجين ورئيسها الزوج . فإذا زال المانع صح التصرف . كما إذا أجازت الورثة في الحالة الأولى أو انفصلت عرى الزوجية في الحالة الثانية . ويلاحظ أن المنع من التصرف يلحق الشخص . أما عدم القابلية للتصرف فيلحق المال (١) .

١٤٨ - الأصل في الشخص أنه يكون ذا أهلية : والمفروض في

الشخص أن يكون كاملاً الأهلية ما لم يسلب القانون أهليته أو يحد منها . وهذا

(١) وسرى أن الغائب إذا أقيم له وكيل ، والمحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا نصب له قيم ، ومن قررت له المساعدة القضائية إذا عين له مساعد ، فإن ذلك لا يرجع إلى انعدام الأهلية في هؤلاء . أما ما يقال عادة من أهلية الشخص للالتزام بالعمل غير المشروع أو بالإثراء دون سبب فليس تعبيراً دقيقاً . لأن الأصل أن يلتزم الشخص متى وجد مصدر الالتزام . فإن كان هذا المصدر هو القدر (أو العمل القانوني بوجه عام) فن شروطه الأهلية ، ومناطها التمييز كما قدمناه . وإن كان المصدر هو العمل غير المشروع فلا بد من خطأ ، ومن شروط الخطأ التمييز ، والتمييز ركن في الخطأ ، وقد لا يكون مطلوباً في بعض الأحوال فيسأل غير المميز عن عمله الضار . أما الالتزام بالإثراء دون سبب فيبقى على الأصل ، ولا يشترط فيه التمييز . ولكن أصبح من المألوف تحدث عن الأهلية في هذه المواضع ، وقد جازينا هذا المألوف في بعض الأحيان .

ما قضت به المادة ١٠٩ إذ نصت على أن « كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون (١) » .

فعبء إثبات عدم الأهلية يقع على من يدعيه (٢) . فإذا نجح في إثبات عدم أهليته كان له أن يبطل العقد الذي صدر منه . ولا يجوز للطرف الآخر أن يحتج بأنه كان يعتقد أن المتعاقد معه ذو أهلية (٣) . أما إذا لجأ ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته ، فعلى أن له أن يطلب إبطال العقد لنقص الأهلية ، إلا أنه يكون مسئولاً عن التعويض للغش الذي صدر منه . وهذا ما تنص به المادة ١١٩ إذ تنص على أنه « يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٦٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « يكون أهلاً للتعاقد كل من لا يقرر القانون عدم أهليته » . ولما عرض النص على لجنة المراجعة عدلته كما يأتي : « كل شخص أهل للتعاقد ما لم يقرر القانون سلب أهليته أو الحد منها » ، وقدم في المشروع النهائي تحت رقم ١١٢ . ووافق مجلس النواب على المسادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ اعترض على عبارة « ما لم يقرر القانون سلب أهليته أو الحد منها » لأن القانون لا يسلب الأهلية ، فقد يكون الشخص مجنوناً لم يحجر عليه بعد ويكون مع ذلك أهلاً للتعاقد ، فعدلت اللجنة النص على الوجه الآتي : « كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون » ، وأصبح رقم المادة ١٠٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٩ - ص ١١٢) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الأصل في الرجل الرشد وفقد الأهلية عارض ، ولذلك تعتبر العقود الصادرة من البالغ رشيداً صحيحة نافذة إلا إذا أثبت مدعى الخلاف طرؤه عارض فقد الأهلية على ذلك المتعاقد قبل العقد (١٨ يولييه سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ١٩١ - ٢١ يولييه سنة ١٨٩١ الحقوق ٧ ص ٢٢٥) - أنظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٨ يولية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤٦ ، وفي ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٦ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجب على من يتعاقد مع الغير أن يتحرى عن أهلية من تعاقد معه حتى يتأكد من صحة التعاقد ، وإلا فعليه أن يتحمل تبعه تصديره وإهماله . فلا يجوز لمن اشترى عقاراً من شخص قرر المجلس المحسي استمرار الوصاية عليه بعد بلوغه سن الثمان عشرة سنة أن يتسك بصحة عقد البيع ارتكناً على أن ذلك القرار لم ينشر بالجريدة الرسمية (١٥ فبراير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٢ - أنظر أيضاً محكمة بي سوييف الابتدائية في ٨ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٥٢٤) .

احتياطية ليخفى نقص أهليته (١) . ولا يكفي لتطبيق هذا النص أن يقتصر ناقص الأهلية على التأكيد بأنه كاملها . بل يجب أن يستعين ، وهو يؤكد كمال أهليته ، بطرق احتياطية كأن يقدم شهادة ميلاد مزورة ليثبت أنه بلغ سن الرشد . وهذا الذي قضى به النص الصريح في القانون الجديد كان القضاء المصري يعمل به في ظل القانون القديم تطبيقاً للقواعد العامة (٢) .

١٤٩- أنظمة الأهلية من النظام العام: وأحكام الأهلية من النظام

العام . فلا يجوز أن يعطى شخص أهلية غير متوافرة عنده ، ولا أن يوسع عليه فيما نقص عنده منها . كما لا يجوز الحرمان من أهلية موجودة أو

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٦٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « لا يجوز للقاصر التمسك بنقص أهليته لإبطال العقد إذا كان قد لجأ إلى طرق احتياطية ليخفى قصره ، أما إذا اقتصر على أن يقرر أنه بلغ سن الرشد فإن ذلك لا ينعنه من التمسك بالإعلان » . وفي لجنة المراجعة لوحظ أن المشروع بعد حذف المادة ١٦٢ يكون غاملاً من نص يجوز لناقص الأهلية إبطال العقد ، فينبغي أن يثبت هذا الحكم في صدر هذه المادة ، وبعد المناقشة وافقت اللجنة على أن تمدل المادة على الوجه الآتي : « يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد . ومع ذلك لا يجوز للقاصر التمسك بنقص أهليته لإبطال العقد إذا كان قد لجأ إلى طرق احتياطية ليخفى قصره » . وأصبح رقم المادة ١٢٣ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . ورأت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أن تستعاض عن عبارة « ومع ذلك لا يجوز للقاصر التمسك بنقص أهليته إلخ » بعبارة « وهذا مع عدم الإخلال بالإلزام بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتياطية لإخفاء قصر أهليته » . فالمسألة تتعلق بتقرير الجزاء على التجاوز القاصر (وغيره من ناقصي الأهلية) إلى طرق احتياطية لإخفاء قصر أهليته ، ولم تر اللجنة أن يكون الجزاء حرمان القاصر من حق طلب الإبطال وإنما آثرت أن تجرى القواعد العامة المتعلقة بالمسئولية التقصيرية وجعلت الجزاء قاصراً على الحكم بالتعويض . وأصبح رقم المادة ١١٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ١٣٣-١٣٨) .

(٢) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ ديسمبر ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٧ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا رفع المشتري دعوى على البائع جالبه فيها بتعويض عما لحقه من الضرر بسبب عدم إتمام الصفقة التي تعاقد معه عليها ودفع له جزءاً من ثمنها ، مدعياً أن البائع دلس عليه بأن أوهمه بأنه تام الأهلية في حين أنه كان مجبوراً عليه ، فرفضت المحكمة الدعوى على أساس ما استتبته من ظروفها ووقائعها من أن كل يناوق من البائع هو أنه تظاهر للمشتري أنه كامل الأهلية وهذا لا يبدو أن يكون مجرد كذب لا يستوجب مساءلة مقترفه شخصياً ، فلا شأن لمحكمة النقض معها في ذلك مادامت الوقائع الثابتة في الدعوى مؤدية فصلاً إليه (قس جنائي ٤ مايو سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ١٤٩ ص ٣٤٨ . وانظر أيضاً في هذا المعنى قس مدني في ٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٨ ص ٣٥٢) .

الانتقاص منها . وكل اتفاق على شيء من ذلك يكون باطلا . وإلى تشير المادة ٤٨ من القانون الجديد إذ تنص على أنه « ليس لأحد النزول عن أهليته ولا للتعديل في أحكامها » .

٢٤ - أحكام الأهلية

في القانون المدني الجديد وقانون المحاكم الحسبية

١٥٠ - العوامل التي تتأثر بها الأهلية : لما كانت أهلية الأداء مناطها التمييز كما قدمنا ، فهي تتأثر بالسن دائماً . وقد تتأثر بعوارض تقع أولاً تنفع من شأنها أن تؤثر في التمييز ، كالجنون والعته والغفلة (١) .

١ - تأثر الأهلية بالسن

١٥١ - الأدوار الطبيعية في حياة الإنسان : الأدوار الطبيعية التي يمر بها الإنسان من وقت أن يولد إلى أن يموت أدوار ثلاثة : ١ - من وقت ولادته إلى سن التمييز ٢ - من سن التمييز إلى سن البلوغ ٣ - من سن البلوغ إلى الموت

١٥٢ - الصبي غير المتميز : تفقد سن التمييز بسبع سنوات . وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز معدوم الأهلية (م ٤٥ فقرة ٢) . وقد نصت المادة ١١٠ على أنه « ليس للصبي غير المتميز حق التصرف في ماله ، وتكون

(١) وقد تضمن المشروع التهديد نصاً هو المادة ١٦٤ من هذا المشروع ، جرت بما يأتي : « يرجع إلى قانون الأحوال الشخصية في تحديد ما يكون لا نعدام أهلية الأداء أو قصصها من أثر في صحة الرضاء » . ولاتلى هذا النص في لجنة المراجعة ، ذكر أن المادة بالحالة التي هي عليها لا تؤدي المعنى المقصود ، فليس المراد وضع قاعدة لتنازع القوانين ، بل المراد الإشارة إلى قانون المجالس الحسبية الواجب التطبيق في هذه الأحوال . واقترح تعديل المادة كما يأتي : « ينظر الأهلية قانون خاص » . ثم رأيت اللجنة حذف هذا النص وإزالة المادة من المواد ١١٣ - ١١٨ في المشروع النهائي (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ١١٢ - ص ١١٣ في الخامس) .

جميع تصرفاته باطلة (١). فالصبي غير المميز لا يستطيع أن يباشر أى عقد . وليس هذا مقصوراً على عقود التبرع وعقود التصرف وعقود الإدارة ، بل يمتد أيضاً إلى عقود الاغتناء ، فلا يستطيع الصبي غير المميز أن يقبل الهبة لأنه فاقد التمييز . فلا تكون لإرادته أثر .

وتثبت الولاية على ماله لوليه ثم لوصيه .

وولى الصغير هو الأب ثم الجد الصحيح . وبهذا تقضى المادة ٧ من قانون المحاكم الحسبية إذ تنص على أن « للأب ثم للجد الصحيح (٢) الولاية على مال القاصر ، وعليه القيام بها ، ولا يجوز أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة » . فإذا لم يكن للصغير ولى ، ولم يعين الأب وصياً مختاراً (٣) ،

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي . ولجنة المراجعة هي التي وضعت تحت رقم المادة ١١٣ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ قيل إن حكم هذه المادة والمواد التي تنبأ من صميم قواعد الأحوال الشخصية ، فما المحكمة في إيرادها هنا في القانون المدني ؟ وسئل هل هذه النصوص تسرى على الأجانب ؟ فأجيب أن الشرع أرا بوضع هذه الأحكام في صلب القانون المدني عدم الرجوع إلى أحكامها في الشريعة الإسلامية ، وقد احتاط الشرع في قانون المحاكم الحسبية بإيراد نص يفيد عدم نفاذ أحكامه على الأجانب ، هذا فضلاً عن أنه يستفاد من المبادئ العامة التي نص عليها في الباب الأول من مشروع القانون المعروض أنها تتضمن أحكاماً عامة تسرى على الأجانب إلا فيما يختص بتن الرشد . أما سن التمييز وهو سن الأهلية العقلية فأحكامه تسرى على الأجانب . وقد وافقت اللجنة على المادة ١١٣ دون تعديل وأصبح رقمها ١١٠ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٢ - ص ١١٤) .

(٢) الظاهر أن الأب إذا كان قاصراً ووليه أبوه ، فولاية الولي تشمل الأب وولده معاً ، فيكون جد الولد هو وليه مع وجود أبيه لأن هذا قاصر .

(٣) والظاهر أن قانون المحاكم الحسبية الجديد يقدم الجد على وصي الأب وإن لم يورد نصاً صريحاً في ذلك . وهناك خلاف في المذهب الحنفى هل يتقدم الجد على وصي الأب أو وصي الأب هو الذي يتقدم ، فيأخذ الإمام محمد بالرأى الأول ، ويذهب الإمام الأكر إلى الرأى الثاني . وكان القضاء المصرى في مجموعه قبل صدور قانون المحاكم الحسبية الجديد يأخذ برأى الإمام الأكبر ويتقدم وصي الأب على الجد (محكمة الاستئناف الوطنية في ١٣ مارس سنة ١٨٩٣ الموافق ٨ من ٦٧ - ١٧ مارس سنة ١٩٢٤ الحاماة ٤ ص ٧٤٧ - المجلس الحسنى الأعلى في ١٩ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٣ ص ٣٧ . وانظر حكماً قضى بعكس ذلك فتقدم الجد على وصي الأب من محكمة الاستئناف الرمنية في ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٤ الموافق ١٠ من ٢٢ والقضاء ٢ ص ١٣٣) .

تعين المحكمة وصياً ، وهذا ما تقضى به المادة ١٥ من قانون المحاكم الحسبية إذ تنص على أنه «إذا لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصى مختار تعين المحكمة وصياً» .

أما الحدود التي يتصرف في نطاقها الولي والوصى في مال القاصر فرسومة في قانون المحاكم الحسبية وفي قواعد الشريعة الإسلامية . وإلى هذا تشير المادة ١١٨ من القانون المدني الجديد إذ تنص على أن «التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام تكون صحيحة في الحدود التي يرسمها القانون (١)» . وكذلك تنص المادة ٤٧ من هذا القانون على أنه «يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقاً للقواعد المقررة في القانون» .

فللولى أن يباشر عن الصغير أهلية الاغتناء وأهلية الإدارة وأهلية التصرف ، حتى بالغين اليسير . ولكن الغبن الفاحش لا يجوز . أما أهلية التبرع فلا يستطيع الولي أن يباشرها : إلا أن يكون التبرع لأداء واجب إنسانى أو عائلى وأذنت به المحكمة ، (أنظر المادة ٩ من قانون المحاكم الحسبية) . ويجوز للمحكمة أن تحد من ولاية الولي أو أن تسلبه إياها «إذا أصبحت أموال القاصر في خطر بسبب سوء تصرف الولي أو لثأى سبب آخر أو خيف عليها منه» (١٠ م من قانون المحاكم الحسبية) .

وولاية الوصى - اختاره الأب أو أقامه القاضي - أضيق من ولاية الولي . فهو يباشر عن الصغير أهلية الاغتناء فيقبل عنه الهبات ، إلا إذا كانت مقررة بشرط فيجب إذن المحكمة في القبول أو الرفض . ويباشر أهلية الإدارة ، ولكن لا بد من إذن المحكمة : في إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات في الأراضي الزراعية ولمدة أكثر من سنة في المباني ، وفي إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة ، وفي استثمار الأموال ، وتصفيها ، واقتراض المال للقاصر ، وفي الإنفاق من مال القاصر

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التيهيدى . ولجنة المراجعة هي التي وضعت تحت رقم المادة ١٢٢ في المشروع التهاى . ووافق عليه مجلس النواب ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم ١١٨ ، ثم مجلس الشيوخ (خمسة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٣٢ - ١٣٣) .

على من تجب عليه نفقهم إلا إذا كانت النفقة مقضياً بها من جهة مختصة ،
وفى الوفاء بالالتزامات التي تكون على الشركة أو على القاصر ما لم يكن قد
صدر بها حكم واجب التنفيذ . وفيما يصرف في تزويج القاصر . (أنظر في
كل ذلك المادة ٢٠ من قانون المحاكم الحسبية) . ويأشر أهلية التصرف ولكن
لا بد دائماً من إذن المحكمة . سواء كان التصرف في أموال القاصر بالبيع أو الشراء أو
المتايضة أو الشركة أو الإقراض أو الرهن أو أى نوع آخر من أنواع التصرفات
الناقلة للملكية أو المرتبة لحق عيني . ويدخل في ذلك تحويل الديون التي
تكون للقاصر . وقبول الحوالة عليه . والتنازل عن التأمينات أو إضعافها .
والصلح والتحكيم . ورفع الدعاوى إلا ما يكون في تأخير رفعها ضرر
بالقاصر أو ضياع حق له . (أنظر في كل ذلك المادة ٢٠ من قانون المحاكم
الحسبية) . أما أهلية التبرع فلا يستطيع الوصى أن يباشرها ولو بإذن المحكمة ،
وإلى هذا تشير المادة ١٨ من قانون المحاكم الحسبية إذ تنص على أن «تصرف
الوصى في مال القاصر بصريق التبرع باطل» .

١٥٣ - الصبي المميز : يعتبر الصبي مميزاً من وقت بلوغه سن التمييز
أى سن السابعة إلى وقت بلوغه سن الرشد أى سن الإحدى والعشرين . وتنص
المادة ٦ على أنه « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد . وكل من بلغ سن
الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة . يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون» .
ويقرر القانون في المادة ١١١ أحكام تصرفات الصبي المميز على النحو الآتي :
« ١ - إذا كان الصبي مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت
نافعة نفعاً محضاً . وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً » .

« ٢ - أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة
للإبطال لمصلحة القاصر . ويؤول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر
التصرف بعد بلوغه سن الرشد أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من
المحكمة وفقاً للقانون (١) » .

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي . ولجنة المراجعة هي التي وضعت
تحت رقم المادة ١١٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وعدله لجنة القانون
المدني بمجلس الشيوخ تعديلاً طفيفاً بأن حذفت عبارة وردت في النص الذي وضعت لجنة المراجعة
وهي « وكان غير مصاب بخنث أو عته » . وألغت في ذلك أن الخنث والتعته هما أحكام خاصة
تنطبق في جميع الأحوال والصور . وأصبح رقم المادة ١١١ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة
كما عدلها اللجنة (لائحة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٥ - ١١٦) .

ويتبين من ذلك أن الصبي المميز له أهلية الاغتناء ، فيستطيع قبول الهبات لأن ذلك نافع له نفعاً محضاً . وليست له أهلية التبرع ولا يستطيع أحد أن يباشرها عنه إلا في الحدود التي قدمناها ، فلا يستطيع أن يهب شيئاً من ماله لأن ذلك ضار به ضرراً محضاً . أما أهلية الإدارة وأهلية التصرف ، وهى الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ، فلا يملكها ، ولكن يباشرها عنه الولى أو الوصى فى الحدود المتقدم ذكرها فى حالة الصبي غير المميز .

ويستثنى من الأحكام المتقدم ذكرها الصبي المميز إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره . فقد نصت المادة ١١٢ على أنه «إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له فى تسلم أمواله لإدارتها ، أو تسلمها بحكم القانون (١) ، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون (٢)» . والقانون هنا هو قانون المحاكم الحسبية . وقد نص فى المادة الثانية منه على ما يأتى : «ليس للقاصر أن يتسلم أمواله قبل بلوغ سن الرشد ، ومع ذلك فإذا بلغ الثامنة عشرة من عمره جاز له بإذن من المحكمة أن يتسلم كل هذه الأموال أو بعضها لإدارتها بعد سماع أقوال الوصى . وإذا رفضت المحكمة الإذن لا يجوز له أن يحدد طلبه قبل مضى سنة من وقت صدور القرار النهائى بالرفض» . وتكفأت المادة الثالثة برسم الحدود التى يتصرف فى نطاقها الصبي المأذون ، فنصت على أن «القاصر المأذون له أن يباشر أعمال الإدارة بما فى ذلك أعمال الصيانة الضرورية لحفظ الأموال المسلمة إليه . ويدخل فى أعمال الإدارة كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه هذه الإدارة كبيع الحاصلات

(١) كان قانون المجالس الحسبية القديم يقضى بأنه إذا بلغ القاصر ثمانى عشرة سنة ولم يتنع من التصرف جاز له تسلم أمواله لإديرها بنفسه ما لم يتنع من ذلك ، أى أن التسلم يكون بحكم القانون . فالس يشير إلى هذا الحكم القديم .

(٢) تاريخ النص : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى . ولجنة المراجعة هى التى وصته تحت رقم المادة ١١٥ فى المشروع التهاى . ووافق عليه مجلس النواب . وحذفت منه لجنة القانون الذى يجلس الشيوخ عبارة «غير مصاب بجنون أو ...» كما حذفتها من المادة السابقة . وأصبح رقم المادة ١١٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ١١٧ — من ١١٩) .

وشراء ما يلام الزراعة (١) فلا يجوز له بيع ذلك من محكمته أن يزاول أعمال التجارة أو أن يؤجر المبنى أو الأراضي الزراعية لمدة تزيد على سنة . وكذلك ليس له أن يستوفى حقاً أو أن يوفى ديناً إلا إذا ترتب على أعمال إدارته . ولا يجوز له أن يتصرف في صافي دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانوناً . ويعتبر القاصر المأذون له كامل الأهلية فيما أذن له به وفي التقاضى فيه (٢) .

ويستثنى كذلك الصبى المميز في إدارة ماله الذى كسبه من عمله الخاص متى بلغ السادسة عشرة . فقد نصت المادة السادسة من قانون المحاكم الحسبية على أن «للقاصر متى بلغ السادسة عشرة الحق في أن يتولى إدارة ماله الذى كسبه من عمله الخاص . ولا يكون ضامناً لديونه الناشئة عن هذه الإدارة إلا بقدر ذلك المال دون غيره من أمواله الأخرى» .

١٥٤ - البالغ الرشيد : تقضى المادة ٤٤ من القانون المدنى الجديد بأن « ١ - كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يعجز عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية . ٢ - وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة (٣) . وهذه السن عامة لجميع المصريين ،

(١) يؤكد هذا النص ماورد في الفقرة الثانية من المادة ٧٠١ من القانون المدنى الجديد ، وهي تنص على ما يأتى : «ويد من أعمال الإدارة الإيجار إذا لم ترد مدته على ثلاث سنوات وأعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون . ويدخل فيها أيضاً كل عمل من أعمال التصرف تقتضيه الإدارة كبيع المحصول وبيع البضاعة أو النقول الذى يسرع إليه التلف وشراء ما يستلزمه الشيء . محل الوكالة من أدوات لحفظه ولاستغلاله» . ويلاحظ أن نص قانون المحاكم الحسبية قد أورد قيوداً على الحق في الإيجار والحق في استيفاء الحقوق ووفاء الديون .

(٢) وقد قضت المادة ٤ من قانون المحاكم الحسبية بما يأتى : «على المأذون له بالإدارة أن يقدم حساباً سنوياً يؤخذ عند النظر فيه رأى الولي أو الوصى ، والمحكمة أن تأمر بإيداع التوفر من دخله إحدى خزان الحكومة أو أحد المصارف ، ولا يجوز له سحب شيء منه إلا بإذن منها» . وقضت المادة ٥ بما يأتى : «إذا قصر المأذون له بالإدارة في تنفيذ ما قضت به المادة السابقة أو أساء التصرف في إدارته أو قامت أسباب تدعو إلى احتمال وقوع ضرر له ، جاز لمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العمومية أو أحد ذوى الشأن ، أن تحم من الإذن المطلى للقاصر أو تسلب إياه بعد دعوته لسماع أقواله» .

(٣) وقد نصت المادة الأولى من قانون المحاكم الحسبية على أن «القاصر هو من لم يبلغ سن الرشد وهي إحدى وعشرون سنة كاملة» . وتحسب السن بالتقويم الميلادى . ويجب أن تكمل إحدى وعشرون سنة ، فلا يكون الشخص كمل الأهلية إلا عقب انقضاء آخر فترة من هذه المدة .

مسلمين أو غير مسلمين . فتي بلغ القاصر هذه السن غير مجنون ولا معتوه
وغير محكوم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية لسبب من أسباب الحجر أصبح
رشيداً أى كامل الأهلية . أما إذا كان قبل بلوغه هذه السن قد حكم عليه
ببستمرار الولاية أو الوصاية لمجنون أو غفلة أو سفه (١) . أو لم يحكم
عليه ولكنه بلغ السن مجنوناً أو معتوهاً . فتستمر الولاية عليه أو الوصاية
بحسب الأحوال (٢) . ويترتب على ذلك أنه إذا بلغ السن وكان ذا غفلة
أو سفياً ولم يكن قد حكم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية للغفلة أو السفه ،
فإنه يصبح رشيداً كامل الأهلية . وإذا أريد الحجر عليه بعد ذلك وجب
استصدار حكم بالحجر . واختار المحكمة له فيما قد يكون غير الولى أو الوصى .
فإذا بلغ القاصر من الحادية والعشرين «رشيداً» كملت أهليته . وكان له
بذلك أهلية الاعتناء وأهلية الإدارة وأهلية التصرف وأهلية التبني . يباشر
كل ذلك بنفسه . ويسلمه وليه أو وصيه ماله ليكون حر التصرف فيه . وكل
دعوى للقاصر على وصيه (أو للمحجور عليه على قيمه) تكون متعلقة
بأمور الوصاية (أو القوامة) تسقط بمضى خمس سنوات من التاريخ الذى
انتهت فيه الوصاية (أو القوامة) : أنظر م ٣٦ من قانون المحاكم الحسبية .
كذلك يقع باطلاً كل تعهد أو مخالصة يحصل عليها الوصى من القاصر الذى
بلغ سن الرشد إذا صدرت المخالصة أو التعهد قبل الفصل نهائياً فى الحساب
(أنظر المادة ٣٥ من قانون المحاكم الحسبية) .

على أنه قد يصيب الشخص بعد بلوغه سن الرشد عارض من عوارض
الأهلية . وهى التى سنتكلم عليها فيما يلى .

-
- (١) أو لأنه لا يؤمن على أمواله (أنظر المادة ٢١ من قانون المحاكم الحسبية) .
- (٢) وقد قصت المادة ١٣ من قانون المحاكم الحسبية بأن «تنتهى الولاية ببلوغ القاصر
إحدى وعشرين سنة مالم نكح المحكمة قبل بلوغ هذه السن باستمرار الولاية لسبب من أسباب
الحجر ، إلا إذا بلغها معتوهاً أو مجنوناً فإن الولاية تستمر عليه ولو لم يصدر حكم بذلك من
المحكمة» . وقصت المادة ٣٠ بأن تنتهى مهمة الوصى «ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة
إلا إذا قررت المحكمة قبل بلوغ هذه السن استمرار الوصاية أو مالم يبلغها معتوهاً أو مجنوناً
فتستمر الوصاية عليه ولو لم تقرر المحكمة استمرار الوصاية» .

ب - آثار الأهلية بعوامل أخرى غير السن (عوارض الأهلية)

١٥٥ - مصر عوارض الأهلية : قد يبلغ الإنسان من الرشد ، ولكن أهليته تتأثر بعد ذلك بعارض يرجع إلى التمييز . والعوارض أربعة : الجنون ، والعتة ، والغفلة ، والسفه . ويلاحظ أن السفه إنما هو نقص في التمييز في دائرة التصرفات المالية ، ولذلك اندرج بين عوارض الأهلية .

وسرى أن من يغيب غيبة منقطعة يقام عنه وكيل ، ومن حكم عليه عليه بعقوبة جنائية ينصب قيم عليه ، ومن أصيب بعاهات معينة يعين له مساعد قضائي . وهذا كله لا يدخل في الأهلية ، لأنه لا يرجع إلى التمييز بل يقوم على أسباب أخرى ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

١٥٦ - المجنون : نصت المادة ١١٣ من القانون المدني الجديد على أن «المجنون والمعتوه وذا الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عنهم ، وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في القانون (١)» . والقانون المقصود هنا هو أيضاً قانون المحاكم الحسبية . وقد قضت المادة ٤٢ منه بأنه «يحكم بالحجر على البالغ للمجنون أو للعتة أو للغفلة أو للسفه . ولا يرفع الحجر إلا بحكم» . فالمجنون تحجر عليه المحكمة وتنصب له قياً ، إلا إذا كان قد حكم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه قبل بلوغه سن الرشد أو بلغ هذه السن مجنوناً فبقى ولاية وليه أو وصيه .

وأهلية المجنون معدومة لأنه فاقد التمييز ، وتصرفاته القانونية تقع باطله لانعدام الإرادة . وإلى هذا تشير المادة ١١٤ من القانون المدني الجديد إذ تنص على ما يأتي :

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي . ولجنة المراجعة هي التي وضعت تحت رقم المادة ١١٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وأضافت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عبارة «وترفع الحجر عنهم» بعد عبارة «تحجر المحكمة عليهم» لاستظهار معنى أن الحجر لا يرفع إلا بحكم . وأصبح رقم المادة ١١٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٩ - ص ١٢١)

١ - يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر .

٢ - أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها (١) .

فالمجنون تصرفاته بعد تسجيل الحجر باطلة . وتصرفاته قبل تسجيل الحجر صحيحة ما دامت حالة الجنون غير شائعة وغير معروفة من الطرف الآخر ، فإذا شاعت أو عرفها الطرف الآخر كان التصرف باطلا .

وولاية القيم على المجنون كولاية الوصى على الصغير ، يباشر القيم وحده من التصرفات ما يباشره الوصى وحده ، ويستأذن المحكمة في التصرفات التي يستأذن فيها الوصى ، ولا يستطيع مباشرة التصرفات التي لا يستطيع مباشرتها الوصى . وكالقيم على المجنون وصيه . أما الولي على المجنون فثل الولي على الصغير من حيث سعة الولاية .

١٥٧ - **المعتوه** : والمعتوه كالمجنون يحجر عليه وينصب له قيم إذا لم يكن له ولي أو وصى . والقيم على المعتوه وولي ووصيه كالقيم على المجنون وولي ووصيه من حيث مدى الولاية .

أما المعتوه نفسه فقد يكون غير مميز فتكون أهليته معدومة ، شأنه في ذلك شأن الصغير غير المميز والمجنون (٢) . وقد يكون مميزاً فتكون عنده أهلية

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التهدي . ولجنة المراجعة هي التي وضعت تحت رقم المادة ١١٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . ثم وافقت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ وكذلك مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٢١ - ١٢٣) .

وبلاحظ أن تصرف المجنون قبل تسجيل الحجر - إذا كانت حالة الجنون غير شائعة وغير معروفة من الطرف الآخر - إنما يصح أخذاً بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة ، لأن الإرادة الباطنة عند المجنون لا وجود لها .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن العته يعدم لإرادة من يصاب به ، فتقع تصرفاته باطلة ، من وقت ثبوته . ولذلك لا يتعالب بطلانها نوافر التحايل على القانون أو النشأ أو التواطؤ بين المعتوه والتصرف له كما هو الحال بالنسبة إلى المحجور عليه لفسه إذا ما أريد لإبطال تصرفاته السابقة على قرار الحجر عليه ، كما أن هذا البطلان لا يكون نتيجة لانسحاب أثر قرار الحجر على الماضي وإنما لثبوت حالة العته المعدم لإرادة المعتوه وقت صدور التصرف منه (نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ ملعن رقم ٥٣ سنة ١٨ قضائية لم ينشر بعد) .

النسبي المميز . وقد سبق بيان ذلك (١) .

١٥٨ - ذوى الغفلة والسفيه : نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٥ من

القانون المدني الجديد على أنه « إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبي المميز من أحكام » . ويتضح من ذلك أن ذى الغفلة والسفيه يحجر عليهما وينصب لهما قيم . وتكون أھليتهما بعد تسجيل قرار الحجر ناقصة كأھلية الصبي المميز . فتثبت لهما أھلية الاغتناء ، وتتقيد أھلية الإدارة وأھلية التصرف بالقيود التي سبق ذكرها في الصبي المميز . وتتعلم أھلية التبرع .

واستثنى في أھلية التصرف نوعان من التصرفات هما الوقف والوصية ، فهذان يكونان صحيحين إذا صدرتا من السفيه أو ذى الغفلة وأذنت المحكمة

(١) أقرر في كل ذلك المادتين ١١٣ و ١١٤ من القانون المدني الجديد ، وقد سبق ذكرهما - هذا وقيام حالة اللته عند أحد المتعاقدين مما يتعلق بهما نواقع في الدعوى ، لا يقطع فيه القاضي لرعاية محكمة النقض (نقض مدني ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٨ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٣٨ من ٤١٤) . ولكن إذا كانت محكمة الموضوع قد أقرت قضاءها بقيام حالة اللته وقت التعاقد على أقوال شهود مؤداها أنه كانت تتأهب نوبات عصبية ويتبع في بعض الأحيان ، وعلى أنه سبق أن حجر عليه للته ، ورفع عنه الحجر ، ثم حجر عليه ثانياً للته . والسفه بعد تعاقد ثم رفع عنه الحجر ، ثم حجر عليه مرة ثالثة لضعف قواه العقلية ، فإن ما استدلت به لأن هذا ليس فيه ما من شأنه أن يؤدي إلى أن المحجور كان معتوهاً في ذات وقت التعاقد ، ويكون هذا الحكم قاصر السبب متيناً قضاه (نقض مدني ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٥٧ من ٣٥٣) . ولعل محكمة النقض قد تأثرت في هذه القضية بأن المتعاقد قد تكرر رفع الحجر عنه ، فلا شيء يقطع في أنه وقت التعاقد بالذات كان معتوهاً . وهي في قضية أخرى لم تبد هذا التشدد في استخلاص قيام اللته ، وذكرت أنه إذا كانت محكمة الموضوع قد أقرت قضاءها بإعلان عقد لته المتصرف على شهادة الشهود الذين سمعهم وعلى فرائض مستفاد من مصادر صحيحة من شأنها أن تؤدي إلى ما انتهت إليه ، فلا يقدح في حكمها أن يكون قاضي التحقيق قد سأل أحد الأطباء الذين عالجوا المتصرف « هل كانت حالة المريض حالة عته قانوني بل الجنون في الدرجة » ، وأجاب بأنه « لم يكن على هذه الحالة وقت لحظه بعرفتي ولكنه كان مشوش التفكير ضعيفاً في بنيه وتفكيره بمعنى أنه يمكن التأثير عليه ويكون في حالة تردد » ، فإن هذه الإجابة كاملة لا تشهد بسلامة عقله ، فضلاً عن أن الطبيب ليس هو الذي يعطى الوصف القانوني للحالة المرضية التي يشاهدها ، بل الشأن في ذلك للقضاء في ضوء ما يديه الطبيب (نقض مدني ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٠٦ من ٢٣٨) .

فيهما . وتنقضى الفقرة الأولى من المادة ١١٦ بهذا الحكم إذ تنص على أن « يكون التصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحاً متى أذنت المحكمة في ذلك » . كذلك يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها على النحو الذي رأيناه في الصبى المميز الذى بلغ الثامنة عشرة وفى الحدود التى سبق ذكرها هناك . وإذا كانت الفقرة الثانية من المادة ١١٦ مقصورة فى هذا الصدد على السفه إذ تنص على أن « تكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه المأذون له بتسلم أمواله صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون » ، فإن المادة ٤٣ من قانون المحاكم الحسبية تشمل كلا من السفه وذى الغفلة إذ تنص على أنه « يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة أن يقف أمواله أو يوصى بها متى أذنت المحكمة بذلك ، وكذلك يجوز له بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، فإذا أذنت المحكمة بذلك سرت عليه أحكام المواد ٤٣ و ٤٥ من هذا القانون (١) » .

هذا هو حكم تصرفات السفه وذى الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر . أما التصرفات الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر فهى فى الأصل صحيحة . لأن انتقاص الأهلية لا يثبت إلا بالحجر . وهذا هو رأى الإمام أبى يوسف ، خلافاً لرأى الإمام محمد الذى يذهب إلى أن الحجر للسفه يثبت بقيام السبب نفسه لا بحكم القاضى . ولا يسرى الحجر فى حق الغير إلا من وقت تسجيل القرار الصادر به وفقاً للمبادئ العامة . ولا يحتاج الغير بعدم علمه بالحجر متى كان القرار مسجلاً (٢) .

لكن يقع كثيراً أن السفه أو ذا الغفلة يتوقع الحجر عليه فيعمد إلى تبديد أمواله بالتصرف فيها إلى من يتواطأ معه على ذلك ، أو أن ينتهز الغير هذه الفرصة فيستصدر منه تصرفات يستغله بها ويبتز أمواله . ففي هاتين الحالتين - حالة التواطؤ وحالة الاستغلال - يكون تصرف السفه أو ذى الغفلة باطلاً إذا كان من أعمال التبرع ، أو قابلاً للإبطال إذا كان من أعمال التصرف أو أعمال

(١) . يلاحظ أن مشروع القانون الذى سبق مشروع قانون المحاكم الحسبية إلى مجلس الشيوخ ، فلم يتمكن هذا المجلس من التنسيق ما بين القانونين فى هذه المسألة ، فوجب إعمال نصوص كل منهما .

(٢) . محكمة استئناف مصر الوطنية فى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٤٢ الحاماة ٢٤ رقم ٧٨ ص ١٩٧ .

الإدارة . وهذا ما استقر عليه القضاء المصري في ظل القانون القديم (١) ، وأكدته القانون الجديد في الفقرة الثانية من المادة ١١٥ إذ تنص على ما يأتي :
وأما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال

(١) محكمة استئناف مصر الوضعية في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ ص ٤٥ - و
٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٣٠ رقم ١٥٨ ص ١٦١ - محكمة استئناف أسبوط في ١٦
نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٦٣٣ - محكمة الاستئناف المختلطة في ٥ فبراير سنة ١٩٣٠
م ٤٢ ص ٢٥٢ - وفي ١٨ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٦٧ . محكمة الجيزة في ٩
أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٢٣ ص ٢-٥ . وانظر سائر الأحكام المشار إليها في
ظرفية العقد للوثائق ص ٣٤١ هامش ٣ - واستقر قضاء محكمة النقض على ذلك : قض
مدني في ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٨٧ - في ٢٩٢ - وفي ٥
يناير سنة ١٩٥٠ طعن رقم ٦٤ سنة ١٨ قضائية لم ينشر بعد - وقد قضت محكمة النقض
أيضاً بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد أثبتت ظروف التصرف الصادر من التصرف قبل توقيع
الحجر عليه للسفوف وفي فترة طلب الحجر ، واستدلّت بها على أن المشتري غشوه فذهبوا به بعيداً
عن بلدتهم حتى لا ينكشف أمرهم ، ولم على علم بالإجراءات المتخذة لتوقيع الحجر عليه ، لكي
يتم بيع العين لهم قبل صدور قرار المجلس الحسي بالحجر ، فقادهم حتى يقبض منهم قبل غل
يده ما دفعوه له من ثمن ، ثم قضت بإبطال التصرف ، فإنها تكون قد أقامت قضاء ما هنا
على مقدمات تنتج وهي قيام التواضع بين التصرف لهم والتصرف مع علم التصرف لهم بما كان
يتدرج فيه التصرف من سفوف وانهزام فرصة سفوفه للأثر من ماله حين كانت الإجراءات
القانونية تتخذ لحمايته - ومن كانت القرائن التي أخذت بها محكمة الموضوع في إثبات علم المشتري
بمخالفة سفوفه البائع مؤدية عقلاً إلى ما انتهت إليه من ذلك ، فلا شأن لمحكمة النقض معها (قض
مدني ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٧ ص ٢١٣) .

وقضت محكمة النقض من جهة أخرى بأنه إذا تعاقد شخص بعقد عرفي على البيع ، فلما علمت
زوجته بذلك طلبت إلى المجلس الحسي توقيع الحجر عليه ، وأرسلت إلى المشتري إنذاراً حذرنه
فيه من إتمام الشراء لأنها طلبت الحجر على البائع ، فلم يعبأ ، وهذا الشراء بالعقد العرفي عن طريق
عقد رسمي ، وقرر المجلس الحسي بعد ذلك توقيع الحجر ، ثم حكمت المحكمة بصحة العقد ،
وأوردت في حكمها ظروف اتعاقد وملاصاته على الوجه المتقدم ، واستخلصت منها استخلاصاً
سليماً أن الصفقة لم تتم عن تواضع وغش ، وأن البيع الصادر من المحجور عليه قد انعقد
بالعقد العرفي قبل الحجر ، وأن العقد الرسمي اللاحق لم ينشئ البيع بل إنه لم يكن إلا تنفيذاً
للعقد الأول ، فهذا الحكم سليم ولا خطأ فيه (نقض مدني في ٦ نوفمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر
٣ رقم ١٢٥ ص ٣٨٥) . ويلاحظ هنا أن البيع كان قد تم بالعقد العرفي قبل أن يعلم المشتري
بإجراءات الحجر ، ولم يكن العقد الرسمي اللاحق إلا تنفيذاً للعقد العرفي السابق .

إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ (١) » .

وينصب القيم على السفه وذى الغفلة على النحو الذى ينصب به القيم على المجنون والمعتوه أو يعين به الوصى على القاصر . ولا تستمر الولاية أو الوصاية على القاصر إذا بلغ سفيهاً أو ذا غفلة . بل يجب الحجر عليه ونصب قيم له كما قدمنا . وولاية القيم على مال السفه وذى الغفلة كوليته على مال المجنون والمعتوه وكولاية الوصى على مال القاصر . وقد تقدم ذكر ذلك (٢) .

١٥٩ - الغائب والمحكوم عليه بعقوبة جنائية : وهناك حالتان تلحقان

عادة بالأهلية . ولكنهما لا يتصلان بها إلا من حيث مظاهر الحجر وإقامة نائب عن المحجور . وهما حالتا الغائب والمحكوم عليه بعقوبة جنائية .

فالغائب : كما نصت المادة ٥٠ من قانون المحاكم الحسبية . « هو كل شخص كامل الأهلية لا تعرف حياته أو مماته . أو تكون حياته محققة وسكنه هجر موطنه راضياً أو مرغماً وحالت ظروف قاهرة دون إدارته شؤونه بنفسه

• (١) تاريخ المادتين ١١٥ و ١١٦ من القانون المدنى الجديد : (أولاً) المادة ١١٥ : لم يرد هذا النص في المشروع المبدئى . وحدة المراجعة هى التى وضعت تحت رقم ١١٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم ١١٥ ، ثم مجلس الشيوخ - (ثانياً) المادة ١١٦ : لم يرد هذا النص فى المشروع المبدئى . ولجنة المراجعة هى التى وضعت تحت رقم ١٢٠ فى المشروع النهائى ، وكان مقصوداً على الفقرة الأولى منه . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى مجلس الشيوخ أضيفت الفقرة الثانية من النص توجيهاً لاستكمال الأحكام الموضوعية الخاصة بانقاص الأهلية فى المشروع وأصبح رقم المادة ١١٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٢٣ - ١٢٨) .

هذا وقد كانت لجنة المراجعة وضعت نصاً هو المادة ١١٩ من المشروع النهائى يجرى على الوجه الآتى : « إذا كان طلب الحجر قد سجل قبل تسجيل قرار الحجر ترتب على تسجيل الطلب ما يترتب على تسجيل القرار » . وقد وافق مجلس النواب على هذا النص . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ اقترح حذفه لأنه حكم تفصيلى ورد فى قانون المحاكم الحسبية ، فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٢٦ - ١٢٧ فى الهامش) .

(٢) ومن ثم فقد نصت المادة ٤٥ من قانون المحاكم الحسبية على أن « تصرف القيم فى مال المحجور عليه بطريق الترخ بطل » . ونصت المادة ٤٦ من هذا القانون على أنه « يسرى على القيم حكم المادة ٣٣ من هذا القانون ، وفيما عدا ما استثنى نص صريح فى هذا الفصل يسرى على القوامه ما يسرى على الوصاية من أحكام أخرى » .

أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة ، وترتب على ذلك أن تعطلت مصالحه أو مصالح غيره . ويتبين من ذلك أن الغائب شخص كامل الأهلية كما هو صريح النص ، ولكن الضرورة قضت بإقامة وكيل عنه يدير شؤونه حتى لا تعطل مصالحه ومصالح الناس . ويلاحظ أن القانون استعمل لفظ « الغائب » لا لفظ « المفقود » لأن اللفظ الأول ينطوي على معنى أعم من المعنى الذى ينطوي عليه اللفظ الثانى . فالمفقود فى الشريعة الإسلامية هو من يختفى بحيث لا يعرف أحي هو أم ميت ، أما الغائب فهذا وغيره ممن تكون حياته محققة ولكنه بعد عن موطنه بحيث لم يعد يستطيع أن يدير شؤونه بنفسه . وقد قضت المادة ٥١ من قانون المحاكم الحسبية بأنه « إذا ترك الغائب وكيلًا عامًا فحكم المحكمة بتبنيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى . وإلا عينت غيره » . ثم قضت المادة ٥٣ من هذا القانون بأن « يسرى على الوكيل عن الغائب حكم المادة ٣٣ من هذا القانون ، وفيما عدا ما استثنى بنص صريح فى هذا الفصل يسرى على الغيبة ما يسرى على الوصاية من أحكام أخرى » . وقضت المادة ٥٢ من القانون ذاته بأن « تنتهى لغيبة يزوال سببها أو بموت الغائب أو بالحكم من جهة الأحوال الشخصية المختصة باعتباره ميتاً وفقاً لأحكام المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ » .

أما المحكوم عليه بعقوبة جنائية فتقضى أحكام قانون العقوبات (م ٢٥) بأن يكون محجوراً عليه مدة تنفيذ العقوبة ، ويختار قيماً تصدق عليه المحكمة . أو يعين القيم المحكمة المدنية الكلية التى يقع فى دائرتها محل إقامته إذا لم يختَر أحدًا . ويتولى التيم إدارة ماله . أما أعمال التصرف فلا بد فيها من إذن المحكمة المدنية وإلا كانت باطلة .

ومن ذلك نرى أن الحجر على المحكوم عليه لا يرجع لنقص أهليته . فهو كامل الأهلية لأنه كامل التمييز . وإنما وقع الحجر عليه لاستكمال العقوبة من جهة ، وللضرورة من جهة أخرى (١)

(١) وقد جاء فى كتاب « شرح القانون المدنى » لفتحى زغلول (ص ٣٧ - ص ٣٨) قريباً من هذا المعنى ، ما يأتى : « إن عدم أهلية المحكوم عليه أخف من عدم أهلية القاصر أو السفه من وجه بقاء التصرفات له مع إذن المحكمة . والواقع أنها أهلية من نوع خاص سببها اعتقال رب المال ، فلا هو قليل الخبرة ولا ضيف العقل ولا هو غائب ، ولهذا يعتمد رأيه غالباً فى إدارة أعماله ، ويؤذن له كذلك بإجراء ما يريد من التصرفات » .

١٦٠ - المساعدة القضائية . وقد استحدث قانون المحاكم الحسبية في مصر نظام المساعدة القضائية (assistance judiciaire) . ونقله القانون المدني الجديد ، فص في المادة ١١٧ على ما يأتي :

« ١ - إذا كان الشخص أصم أبكم . أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته . جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضى مصلحته فيها ذلك » .

« ٢ - ويكون قابلاً للإبطال نال تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية فيها ، متى صدر من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائياً بغير معاونة المساعد . إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة (١) » .

أما قانون المحاكم الحسبية فقد نص في المادة ٤٧ على أنه «إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضى مصلحته فيها ذلك» . ونصت المادة ٤٨ من هذا القانون على أنه «يكون قابلاً للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة فيها يصدر من الشخص الذي حكم بإقامة مساعد قضائي له بغير معاونة هذا المساعد : إذا صدر هذا التصرف بعد تسجيل الحكم بتقرير المساعدة» . ونصت المادة ٤٩ من القانون ذاته على أنه «يسرى في تعيين المساعد القضائي وفي عزله ما يسرى في تعيين القيم وعزله من أحكام . وكذلك تسرى على المساعدة الأحكام الأخرى الخاصة بالقوامة » .

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص في المشروع التمهيدي . واقترحت لجنة المراجعة النص الآتي : « يكون قابلاً للإبطال كل تصرف يصدر من شخص تقررت مساعدته قضائياً إذا صدر هذا التصرف بغير معاونة المساعد ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في القانون » ، وأصبح رقم المادة ١٢١ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على هذا النص دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ اقترحت إضافة فقرة أولى تتضمن النص الوارد في المادة ٤٧ من قانون المحاكم الحسبية في بيان حالة من يجب له المساعدة القضائية ، واقترح كذلك أن يكون حق طلب الإبطال فاصراً على التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية في شأنها . وقد أخذت اللجنة بهذه الاقتراحين لأن أولهما يرمي إلى استكمال الأحكام الموضوعية في النقيضين المدني فيما يتعلق بنافس الأهلية ، والثاني يقيد النص بتقييد انصرفت إليه لجنة واضعه . فأقرت اللجنة النص كما ورد في القانون ، وأصبح المادة ١١٧ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٢٨ - ص ١٣١) .

ويتبين من مجموع هذه النصوص أن المساعدة القضائية إنما تقرر لاجتماع عاهتين في الجسم من عاهات ثلاث : العمى ، والبكم ، والصمم . والسبب فيها ليس نقص الأهلية ، فإن التمييز الكامل متوافر عند من تقرر له المساعدة القضائية . ولكن هو العجز الطبيعي عن التعبير عن الإرادة كما صرحت بذلك النصوص السابق ذكرها .

والمساعدة القضائية تقرر لتصرف بالذات أو المجموع من التصرفات المعنية . وينظر في ذلك إلى ظروف من تقرر مساعدته وإلى خطر ما تقرر المساعدة القضائية فيه أو إلى وقته . فإذا وقع تصرف من ذلك بغير معاونة المساعد ، كان التصرف قابلاً للإبطال لمصلحة من تقرر له المساعدة ، إذا صدر بعد تسجيل الحكم بتقرير المساعدة .

والمساعد القضائي يعين ويعزل وفقاً للأحكام التي تتبع في تعيين القيم وعزله ، وتسرى عليه الأحكام الخاصة بالقوامة .

المطلب الثاني

عيوب الإرادة

(Vices du consentement)

١٦١ — **مصرع عيوب الإرادة** : اشتمل المشروع التهديد على نص

هو المادة ١٦٦ من هذا المشروع . حذف في المشروع النهائي ، وقد جرى بما يأتي : « ولكل من شاب رضاه غلط أو تدليس أو انزع رضاه بالإكراه أو باستغلال حاجة له أن يطلب لإبطال العقد وفقاً للأحكام التالية (١) » .

(١) أنظر المادة ١٤ من المشروع الفرنسي للإبطال . وكانت المادتان ١٣٢/١٩٣ من القانون المدني القديم تنصان على أنه « لا يكون الرضا صحيحاً إذا وقع عن غلط أو حصل بالإكراه أو تدليس » . وهذا لما تلت المادة ١٦٦ من المشروع التهديد في لجنة المراجعة اقترح حذفها لأن الأحكام التي تقررها مصوص عليها في المواد التالية ، موافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ١٤١ في الخامس) . =

ويتبين من ذلك أن عيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال. ولا بد في هذا الصدد من التمييز بين إرادة معيبة وإرادة غير موجودة. فالإرادة المعيبة هي إرادة موجودة ، ولكنها صدرت من شخص غير حر في إرادته أو على غير بينة من أمره . فإرادته تعلقت بمحلها تعلقاً حقيقياً ومن ثم فهي موجودة ، ولكنها ما كانت تتعلق به لو أنها كانت على هدى أو كانت مختارة ومن ثم فهي معيبة . أما الإرادة غير الموجودة فمجرد مظهر خارجي يوهم أنها موجودة ، ولكنه في الواقع من الأمر لا ينطوي على إرادة

== وننقل هنا النظرة العامة التي وردت في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في شأن عيوب الإرادة ، ومنها بين ما استحدثه القانون الجديد : « تتضمن النصوص المتعلقة بالعين أمم ما استحدثت المشروع من أحكام بشأن عيوب الرضا . فقد اقتضت هذه النصوص أثر التدبيرات الحمرمانية والمشروع الفرنسي الإيطالي . وجعلت من العين سبباً عاماً للبطالان النسبي وانقاس العقود إذا أتيح لأحد المتعاقدين أن يستأثر برغ فاحش من طريق استغلال حاجة المتعاقد الآخر أو طبيته . وقد يؤخذ على هذا الحكم أن أعماله ينشئ إلى تحكم القاضي . بيد أن في سابقات التشريع ما منعه عن التعاضد عن هذا النقد والاطمئنان إلى ما جرى عليه المشروع . فالتدبيرات الحديثة ، وفي طبيعتها التقين الآتالي والتقين الدوسري والتقين المتساوي المعدل والتقين البولوني والتقين اللباني والتقين الصبي والتقين السوفيتي ، بل والمشروع الفرنسي الإيطالي رغم نزعة المحافظة ، تجعل جميعاً من العين سبباً عاماً للبطالان . ثم إنه ليس ثمة ما يدعو إلى الإشفاق من تحكم القاضي في هذه الحالة أكثر من سواها ، فهو بذاته القاضي الذي يتولى في حياته البوينة تقدير الغلط الجوهرى والنية الحسنة والباعث المشروع والضرر الحميم والباعث المنع وما إلى ذلك . على أن النص في العين يوجه عام لا يستتبع أطراح الأحكام التقليدية الخاصة بضرر معينة منه يمر فيها عن معناه بالأرقام ، توجهاً لإحلال الحكم محل الكيف ، كأحوال العين في البيع والقسمة والاتفاق على سعر الفائدة — وبراعي من ناحية أخرى أن للمشروع استحدثت أحكاماً جزئية الدائمة بشأن ما يشوب الرضا من عيوب أخرى ، تواجه مسائل عديدة أغفلها التقين المصري الحال ، كالغلط المشترك والغلط في القانون وغير ذلك . ثم إنه عدل النصوص المتعلقة بالتدليس تعديلاً يكمل زوال الخلاف القائم بين النصوص العربية والنصوص الفرنسية في التقين الحال (القديم) . وتناول فوق ذلك مسائل أخرى ككسوت أحد المتعاقدين عمداً عن واقعة يحلها المتعاقد الآخر . أما النصوص الخاصة بالإكراه فقد روعى في وضعها أن تكون متناسبة مع ما ورد بشأن التدليس . فالإكراه . سواء أكان صادراً من أحد المتعاقدين أم من الغير ، له ما للتدليس من أثر في صحة العقد . وقد قضى للمشروع ، فيما يتفق بتقدير الإكراه ، على التناقص الملب الذي تطوى عليه نصوص التقين الحال (القديم) ... بأن احتكم إلى معيار شعبي بحث ، قوامه الامتداد بحسب المكره وسنه وحاله الاجتماعية والصحية ومزاجه وكل طرف آخر من شأنه أن يؤثر في حرية ما يقع عليه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٣٩-١٤٠) .

تعلقت بنحائها . وما يصدر من الخنوع أو السكران أو الصسى غير المميز لا يعتبر إرادة . إذ أن أحداً من هؤلاء لا يتميز ما يفعل . وكذلك الإشارة الطائشة تصدر عن غير قصد لا تكون إرادة ، ولو صدرت من شخص عاقل . ويترب على هذا التمييز الجوهري أن العقد الذى يقوم على إرادة غير موجودة لا يكون له وجود . أو هو عقد باطل . أما العقد الذى يقوم على إرادة معينة فهو موجود لأن الإرادة موجودة . ولكن يجوز للمتعاقدين الذى شاب إرادته عيب أن يبطله . فهو عقد قابل للإبطال . وسنرى تفصيل ذلك فيما يلي .

وتتصل نظرية عيوب الإرادة بنظرية سلطان الإرادة اتصالاً وثيقاً . فإرادة الفرد ، ولها المقام الأول فى توليد الروابط القانونية وفى ترتيب آثارها ، يجب أن تكون على هدى مختارة ، وإلا فالإرادة المشوبة بعيب من العيوب المقدمة ليست إرادة صحيحة . فلا يكون لها سلطان كامل . وننولى الآن بحث عيوب الإرادة متعاقبة : الغلط وتندليس وإكراه فالاستغلال .

١ § - الغلط (*)

(L'erreur)

١٦٢ - تعريف الغلط : يمكن تعريف الغلط بأنه حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع . وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها ، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها . والغلط بهذا

(*) بعض المراجع : ريكاردو فوبيني (Riccardo Fubini) فى الحقبة ربح النوبة ١٩٠٢ من ٣٠٦ - جورسان فى السات فى الأعمال القانونية من ٣٠ وما بعدها - دورى (Maury) : الغلط فى المادة فى عقود العارضة (مجموعة دراسات لتخليد ذكرى كابيتان من ٩١) - - جورف (Gorphe) فى مبدأ حسن النية سنة ١٩٢٨ من ١١٥ - سيباس (Celice) بارس سنة ١٩٢٢ - جودفروى (Goudefroy) بارس سنة ١٩٢٥ - مونتون (Mouton) ليون سنة ١٩٢٥ - هفى نورليون سنة ١٩٢٦ - مارث فوربييه (Marthe Fournaier) ديجون سنة ١٩٣٦ - دابان (Dabin) بروكل سنة ١٩٤٧ من ٣١ - والتوت ١ من ٢٢٨ وما بعدها - نظرية العقد لمؤلف فقرة ٣٤٢ وما بعدها - اديكتور حلى بيجر بدوى فقرة ١١١ وما بعدها - اديكتور حشمت أبو سنيت فقرة ١٥٢ وما بعدها .

التعريف الشامل ينتظم كل أنواع الغلط . ولا يقف عند نوع معين منها . والذي نريده هنا هو غلط يصيب الإرادة ، فينبغي أن نحص هذا النوع من الغلط بتمييزه عن غيره من الأنواع الأخرى وبرسم الدائرة التي تحصر نطاقه حتى نستطيع بعد ذلك أن نبين قواعده وأحكامه .

١٦٣ - الغلط المانع : وأول نوع من الغلط نستبعده من دائرة بحثنا هو ما يسمى عادة بالغلط المانع (erreur-obstacle) . وهو غلط يقع . طبقاً لنظرية تقليدية في الفقه الفرنسي ، في ماهية العقد . كما إذا عطي شخص لآخر نقوداً على أنها قرض وأخذها الآخر على أنها هبة ، أو في ذاتية الحل ، كما لو كان شخص يملك سيارتين من صنفين مختلفين فباع إحداها والمشتري يعتقد أنه يشتري الأخرى ، أو في السبب ، كما إذا اتفق الورثة مع الموصي لهم على قسمة العين الشائعة بينهم ثم يتضح أن الوصية باطلة .

وظاهر أن هذا النوع بعدم الإرادة ولا يقتصر على أن يعيبها . ففي الأمثلة التي قدمناها لم تتوافق الإرادتان على عنصر من العناصر الأساسية : ماهية العقد أو الحل أو السبب . فالتراضي إذن غير موجود . والعقد باطل أى منعدم . وهذا هو الذى يدعونا لاستبعاد الغلط المانع من دائرة البحث ، فهو يتصل بوجود التراضي لا بصحته ، ونحن الآن في صدد صحة التراضي بعد أن فرغنا من الكلام في وجوده .

١٦٤ - انشراح الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة : وقد تختلف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة . فيؤخذ بإحداهما دون الأخرى كما بينا فيما تقدم . والكلام في الإرادتين وفرق ما بينهما ليس كلاماً في عيوب الإرادة (١) ، بل كلام في الإرادة ذاتها . أى في وجودها لافئ صحتها . فيجب

(١) هذا ما لم يؤخذ بالإرادة الباطنة وتستظهر مغايرتها للإرادة الظاهرة ، فقد ترجع هذه المغايرة إلى غلط وقع فيه التعاقد الذى صدرت منه هذه الإرادة . ولكن إيت كل مغايرة بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة غاصاً ، فالهازل والشخص الذى يفسر غير ما يظهر في حالة التحفظ الذهني (réserve mentale) كلاماً تختبئ إرادته الصاهرة عن إرادته لائحة دون أن يكون واقعاً في غلط .

استبعاد هذه المسألة أيضاً من دائرة البحث (١).

١٦٥ - الغلط في النقل أو في التفسير : والغلط الذى يعيننا بحده هنا

هو الغلط الذى يقع وقت تكون الإرادة (erreur sur la formation de la volonté). وهناك غلط لا يعيب الإرادة يجب كذلك استبعاده من دائرة البحث ، وهو غلط يقع وقت نقل الإرادة إذا نقلت على غير وجهها ، وهذا ما يسمى بالغلط في النقل (erreur de transmission) ، أو يقع في تفسيرها إذا فهمها من توجهت إليه على غير حقيقتها. وهذا ما يسمى بالغلط في التفسير (erreur d'interprétation). والفرق بين الغلط الذى يقع وقت تكون الإرادة والغلط الذى يقع في النقل أو في التفسير أن الغلط الأول هو حالة تقوم بنفس من صدرت منه الإرادة ، أما الغلط الآخر فحالة تقوم بنفس من توجهت إليه الإرادة (٢).

(١) وقد يقع الغلط في الإرادة الظاهرة كما يقع في الإرادة الباطنة . والغلط الذى يقع في الإرادة الظاهرة ليس هو مغايرتها للإرادة الباطنة ، بل هو غلط يقع في التعبير عن الإرادة ذاته أى في الإرادة الظاهرة . ويأتى سالى مثل على ذلك : شخص عنده حصانان ، حصان أسود فيه عيب يريد بيعه من أجله وحصان أبيض لا عيب فيه ولا يريد بيعه . فإذا قال : أبيع الحصان الأبيض ، وهو يريد أن يقول : الأسود ، كان هناك غلط في الإرادة الظاهرة . أما إذا اعتقد خطأ أن الحصان الأبيض هو اللبيب ، فقال أبيع حصان الأبيض ، كان هناك غلط في الإرادة الباطنة لا في الإرادة الظاهرة . والقانون الألماني يجعل العقدة قبل الاتصال لكس من هذين النوعين من الغلط (أنظر في هذا الموضوع سالى في إعلان الإرادة ص ١١ وما بعدها - نظرية العقد للؤلؤ ص ٣٥٩ هامش رقم ٤) .

(٢) وقد اشتمل المشروع التمهيدي على ص ١٧٢ من هذا المشروع ، جري بما يأتي : « تسرى الأحكام الخاصة بالغلط في حالة ما إذا نقل رسول أو أى وسيط آخر إرادة أحد المتعاقدين معرفة » . وقد حذفت هذه المادة في المشروع النهائي « لأنها تقرر حكماً تفصيلياً لا حاجة إليه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٦٦ - ص ١٦٧ في الهامش) . والنس المحسوف مع ذكرته الإيضاحية يوم أن الغلط في النقل أو في التفسير غلط يعيب الإرادة . والصحيح أنه يكون سبباً في عدم توافق الإرادتين فلا ينعقد العقد . هذا ما لم يؤخذ بالإرادة الظاهرة في حالة التعريف في النقل (قارن المادة ١٢٠ من القانون الألماني) ، فيكون العقد صحيحاً ويؤخذ بالإرادة المحرفة على أنها هي الإرادة الصحيحة لمن صدرت منه هذه الإرادة . والقضاء المصرى يأخذ بالرأى الأول ولا يعتبر العقد قد تم لعدم توافق الإرادتين ، وقد سبق بيان ذلك (أنظر آخراًقرة ١٢٢ في الهامش) . وسواء أخذ بالرأى الأول تنشأ مع نظرية الإرادة الباطنة أو أخذ بالرأى الثانى تنشأ مع نظرية الإرادة الظاهرة ، فإن الوسيط الذى حرف الإرادة يكون مشو لا نحو المتعاقدين الأول إذا انعقد العقد ، أو نحو المتعاقدين الآخر إذا لم ينعقد . ومن قيل الغلط في النقل مجرد الغلط في الحساب وغلطات القلم . وهذا الغلط لا يؤثر في =

١٦٦ - الغلط الذي يعيب الإرادة : ويبقى . بعد استيعاب ما قدمناه من أنواع الغلط . الغلط الذي يصيب الإرادة ، وهو الذي يعيننا بحثه ويجب أن نرسم له دائرة واضحة المعالم . فهو من جهة غلط يقع في تكون الإرادة لا في نقلها ولا في تفسيرها ، وهو من جهة أخرى لا يعدم الإرادة كما هو الأمر في الغلط المانع ، ولا يختلط بوجودها ذاته كما هو الأمر في الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة .

وإذا كان الغلط الذي يعيب الإرادة لا يجوز أن يقع على ركن من أركان العقد وإلا أعدم التراضي كما رأينا ، إلا أنه يجب مع ذلك أن يكون

== انتقاد المقد ولا في صحتة . وقد ورد نص صريح في هذا المعنى في القانون الجديد ، فنصت المادة ١٢٣ على أنه « لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم ، ولكن يجب تصحيح العقد » (أنظر المادتين ٥٣٦ / ٦٥٨ من القانون القديم فيما يتعلق بتصحيح أرقام الحساب في عقد الصلح — وقد ورد نص القانون الجديد في المشروع التمهيدي تحت رقم المادة ١٧٠ ، وفي المشروع النهائي تحت رقم المادة ١٢٧ ، ووافق عليه مجلس النواب ، لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم مادة ١٢٣ ، مجلس الشيوخ تحت الرقم ذاته . مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٦٤ — ص ١٦٦) . والقضاء المضرى مضطرب في هذا المعنى : محكمة الاستئناف الوصنية في أول ديسمبر سنة ١٩١٤ الترائع ٢ ص ١٣٩ — محكمة الاستئناف المختلصة في ٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٥٦ — وفي ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٤ — وفي ٨ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٥ — وفي ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٣٦ — وفي ٣ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٢٤ — وفي ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٥٧ . وقد قضت محكمة النقض بأن الخطأ في ذات الأرقام المثبتة بحساب الماولة (erreur de calcul) يجوز طلب تصحيحه متى كائن هذا الغلط ظاهراً في الأرقام الثابتة في كشف الحساب المعتمد من قبل ، أو متى كانت أرقام هذا الكشف قد نقلت خطأ من ورقة أخرى معترف بها ، أو كانت غير مطابقة لأرقام أخرى ثابتة قانوناً . أما إعادة حساب تلك الماولة من جديد فإن القانون يأباه ، لأن عمل المقاس والحساب النهائي عن الماولة بعد إتمامها مادام عملاً متفقاً عليه في أصل عقدها ، فإن هذا الاتفاق متى قد بعمل المقاس والحساب بين ووقع عليه بالاعتماد ، فقد اقتضت مسؤولية كل عاقد عنه ، وأصبح هو ونتيجته ملزماً للطرف . (نقض مدني في ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٧ ص ٩٢٢) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه متى كانت محكمة الموضوع قد تبينت من واقع الدعوى أن التبايع الذي هو محل النزاع قد وقع على عين معينة تلاقت عندها إرادة المشتري مع إرادة البائع ، وأن ما جاء في العقد خاصاً بحدود هذه العين قد شاركه غلط في حدين من حدودها بذكر أحدهما مكان الآخر ، فإنها لا تكون محطلة إذا ما اعتبرت هذا الغلط من قبيل الغلط المادي الواقع حال تحرير المحرر الميث لتعاقد لا الغلط المنبوي الواقع حال تكون الإرادة المادية لرضا (نقض مدني في ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤٢ ص ٥٠٣) .

غلطاً جوهرياً حتى يعيب الإرادة . ثم إن الغلط هو أمر نفسى يستكن فى الضمير . فوجب لاستقرار التعامل ألا يستقل به المتعاقد الذى وقع فى الغلط ، بل يتصل به المتعاقد الآخر على وجه من الوجوه حتى يمكن الاعتداد به . خلاص لنا من ذلك أن الغلط الذى يعيب الإرادة يجب أن يكون : (أولاً) غلطاً جوهرياً واقعاً على غير أركان العقد . (ثانياً) غلطاً لا يستقل به أحد المتعاقدين بل يتصل به المتعاقد الآخر .

فتكلم إذن فى المسألتين الآتيتين : ١ - متى يكون الغلط جوهرياً وعلى أى شىء يقع . ٢ - كيف يتصل المتعاقد الآخر بالغلط (١) .

١ - متى يكون الغلط جوهرياً وعلى أى شىء يقع

١٦٧ - معيار الغلط الجوهري فى القانون الفرنسى وكيف نظيره

من معيار موضوعى الى معيار ذاتى : ورث الفقه الفرنسى التقليدى عن القانون الفرنسى القديم تقسيم الغلط من حيث تأثيره فى صحة العقد إلى أنواع ثلاثة : غلط يجعل العقد باطلاً وهو الغلط المانع الذى سبقت الإشارة إليه ، وغلط يجعل العقد قابلاً للإبطال لمصلحة التعاقد الذى وقع فى الغلط ، وغلط لا يؤثر فى صحة العقد . وقد سبق أن بينا الحالات الثلاث التى يكون فيها الغلط مانعاً فيجعل العقد باطلاً . أما الغلط الذى يجعل العقد قابلاً للإبطال فيكون فى حالتين : (١) غلط يقع فى مادة الشىء محل الالتزام الناشئ من العقد . وهو ما تعبر عنه المادة ١١١٠ من القانون المدنى الفرنسى بالغلط الواقع فى مادة الشىء ذاتها (substance même de la chose) . (٢) غلط يقع فى شخص المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار فى العقد . والغلط الذى لا يؤثر فى صحة العقد يكون فى أحوال أربع : ١ - غلط فى وصف لا يتعلق بمادة الشىء محل الالتزام . ٢ - غلط فى قيمة الشىء محل الالتزام . ٣ - غلط فى شخص المتعاقد إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار فى العقد . ٤ - غلط فى الباعث على التعاقد .

(١) ونوت واقعة الغلط مسألة موضوعية يستقل قاضى الموضوع بتقدير الأدلة فيها (نفس مدنى فى أول أبريل ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٥ ص ٥٨٦) .

ولكن القضاء في فرنسا لم يأخذ بهذه النظرية التقليدية . وجارى الفقه الحديث القضاء في ذلك . فلم يأخذ بالتقسيم الثلاثي للغلط ، إذ استبعد النوع الأول وهو الغلط الذى يجعل العقد باطلا ، لأنه يتصل بوجود التراضى لا بصحته كما قدمنا . وهدم الحاجز ما بين النوعين الثانى والثالث ، فإن التمييز ما بين هذين النوعين قد قام على قواعد جامدة تسبق بما تقتضيه الحياة العملية ، وخير منها معيار مرن يمكن تطبيقه على الحالات المتنوعة . فمن الغلط ما يقع في قيمة الشيء أو في الباعث على التعاقد ومع ذلك يؤثر في صحة العقد لأنه كان هو الدافع إلى التعاقد . ومن الغلط ما يقع في مادة الشيء ومع ذلك لا يؤثر في صحة العقد لأنه لم يكن هو الدافع . فالعبرة إذن ليست بأن الغلط وقع في مادة الشيء أو في قيمته ، بل العبرة بأن الغلط كان غلطاً جوهرياً (essentielle) . أى بأنه كان هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد (la raison principale et déterminante) . فلا تكون هناك حالات محددة يؤثر فيها الغلط في صحة العقد وحالات أخرى محددة كذلك لا يؤثر فيها الغلط . بل تهدم هذه القواعد الضيقة ، وتزول الحواجز ما بين حالات وأخرى . وتستبدل معياراً بقاعدة : ويصبح الغلط مؤثراً في صحة العقد متى كان هو الدافع إلى التعاقد ، وذلك في جميع الحالات . تبعاً لملايسات كل حالة وظروفها الخاصة .

وتطور الفقه الفرنسى من الأخذ بمعيار موضوعى إلى الأخذ بمعيار ذاتى ذاته واضحاً في تفسير عبارة «الغلط في مادة الشيء ذاتها» الواردة في المادة ١١١٠ من القانون الفرنسى . فقد بدأ الفقهاء الفرنسيون في العهد الأول يفسرون هذه العبارة تفسيراً حرفياً ، ويذهبون إلى أن المراد بذلك هو الغلط الذى يتعلق بالمسادة التى يتكون منها الشيء ، ومادة الشيء هى مجموع الخصائص التى تدخله في جنس معين وتميزه عن الأجناس الأخرى . ويقدمون عادة المثل الذى أتى به بوتييه : شخص اشترى (شمعدان) من نحاس مطلق بالفضة وهو يعتقد أنه من فضة خالصة (١) . ثم أخذ الفقهاء في عهد ثان يعدلون عن هذه الفكرة الموضوعية بإدخال عامل ذاتى في تحديد هذا النوع من الغلط . وأول من سار من الفقهاء في هذا الطريق هما الأستاذان أوبرى

(١) أسطر في هذا المني ديراشن ١٠ - فقرة ١١٤ - ١١٦ - ماركاويه ٤ - فقرة ٤٠٧

ورو (١) ، فقد أخذنا في الأصل بالمذهب الموضوعي كقاعدة عامة ، فذهبنا إلى أن المراد بمادة الشيء هي العناصر المادية التي تكونه والخواص التي تتميز بها من الأشياء الأخرى طبقاً للمعارف بين الناس . ولكنهما أضافا إلى ذلك جواز أن ينتق المتعاقدان على توافر صفة معينة في الشيء فتصبح هذه الصفة جوهرية بالنظر إلى غرض المتعاقدين لا بالنظر إلى مادة الشيء من حيث هي . ثم هجر الأناذلوران ، في عهد ثالث ، المعيار الموضوعي وأخذ بالمعيار الذاتي جملة واحدة ، فذهب إلى أن نية المتعاقدين وحدها هي التي تحدد مادة الشيء والأوصاف المعتبرة فيه (٢) . واقفى سائر الفقهاء أثر لوران في هذا المنحى ، فذهب الأستاذان بودرى وبارد إلى أن المراد بمادة الشيء هي الأوصاف الرئيسية التي اعتبرها المتعاقدان أو أحدهما في ذلك الشيء والتي ما كان التعاقد يتم بدونها (٣) . وذهبت الأساندة بلانيول وكولان وكايتان وجوسران إلى هذا الرأي (٤) .

فالعبارة إذن ، طبقاً للمعيار الذاتي ، بالأوصاف المعتبرة في نظر المتعاقدين لا بالخصائص التي تكون مادة الشيء في ذاته ، فقد يشتري شخص شيئاً على أنه أثر تاريخي ويعتقد في الوقت ذاته أنه مصنوع من ذهب فيتضح أنه مصنوع من (البرونز) ، فهذا غلط في «مادة الشيء» ، ولكنه بحسب نية المشتري ليس غلطاً في الصفة المعتبرة عنده . فما دام الشيء الذي اشتراه هو الأثر التاريخي الذي يقصده ، فلا يعيبه بعد ذلك إن كان من ذهب أو من معدن آخر . وقد استبدل النقص والقضاء في فرنسا بعبارة «مادة الشيء» (substance de la chose) عبارة أخرى اشتقاها من الكلمة ذاتها هي الصفة الجوهرية (qualité substantielle) : أي الصفة التي اعتبرها المتعاقد في الشيء . والمعيار الذاتي ما هو في الواقع إلا نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإرادة . فما دامت إرادة العاقد هي التي تنشئ الرابطة القانونية فيجب الأخذ بهذه الإرادة في

(١) أنظر أوبري ورو : فقرة ٣٤٣ مكررة من ٤٩٠ و ٤٩٢ .

(٢) لوران ١٥ فقرة ٨٨ : .

(٣) بودرى وبارد ١ فقرة ٥٥ : .

(٤) بلانيول ٢ فقرة ١٠٥٣ - كولان وكايتان ٢ من ٢٨١ - جوسران ٢ فقرة ٦٩ -

حقيقتها وعلى وجهها الصحيح ، لا مجيبة بما تأثرت به من غلط أو غير ذلك من العيوب .

١٦٨ - معيار الغلط الجوهري في القانون المصري معيار ذاتي :

وبالمعيار الذاتي أيضاً أخذ الفقه والقضاء في مصر منذ عهد القانون القديم . وقد أسعفهما في ذلك نصوص هذا القانون ذاتها ، فقد كانت المادتان ١٣٤/١٩٤ من القانونين الوطني والمختلط تنصان على أن «الغلط موجب لبطلان الرضاء متى كان واقعاً في أصل الموضوع المعتر في العقد» ، وجاء في النص الفرنسي للقانون المصري القديم : «متى كان واقعاً في الناحية الرئيسية التي كانت محل محل اعتبار في الشيء عند التعاقد» (le rapport principal sous lequel la chose a été envisagée dans le contrat) . فالنصوص كما نرى تذهب بوضوح إلى الأخذ بالمعيار الذاتي . وقد نقلت لا عن نصوص القانون الفرنسي بل عن القضاء والفقه في فرنسا بعد التطور الذي أسلفنا ذكره (١) .

وجاء القانون الجديد مؤيداً للمعيار الذاتي وصريحاً في وجوب الأخذ به . فقد نصت المادة ١٢٠ على أنه «إذا وقع التعاقد في غلط جوهري جاز له

(١) أنظر في الفقه المصري دى هانس الجزء الأول لفظ (convention) فقرة ٥٦ - هالتون ١ ص ٣٨٧ - فتحي زغلول ص ١٣٢ - والتون ١ ص ١٦٥ - ص ١٦٦ - الدكتور عبد السلام ذهبي بك في الالتزامات فقرة ١٢٧ - الدكتور محمد صالح بك في الالتزامات فقرة ٢٦٨ - الدكتور محمد وهبة في النظرية العامة في الالتزامات فقرة ٢٥٥ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٥٧ وما بعدها - الدكتور حمى بهجت بدوى فقرة ١١٦ - الدكتور أحمد حشمت أبو سنيت فقرة ١٥٦ وما بعدها .

وانظر في القضاء المصري محكمة النقض (الدائرة المدنية) في ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ ص ٩٢٣ - محكمة قنا الاستئنافية في ٢٦ مارس سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٦٦ - محكمة الطيرة الجزئية في ٢١ مارس سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ١٤٠ - محكمة الاستئناف المختلطة في ٧ يناير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٩٩ - وفي ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٥٦ - وفي ٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٢٦ - وفي ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ - وفي ١٧ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٢٥ - وفي ١٦ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٦ - وفي ١٦ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٨ - وفي ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٦ ص ٢٦١ - وفي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٤٤ .

أن يطلب إبطال العقد ... (١) ». ثم نصت المادة ١٢١ على أنه : « ١- يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط . ٢ - ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص : (أ) إذا وقع في صفة للشئ تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين ، أو يجب اعتبارها كذلك ، لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى في التعامل من حسن النية . (ب) إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى في التعاقد (٢) » .

ويتبين من هذه النصوص أن القانون الجديد قد أخذ بالمعيار الذاتى . فالغلط الجوهرى عنده هو الغلط الذى ينبغى ، في نظر المتعاقد الذى وقع في الغلط . حداً من الجسامة بحيث كان يمتنع عن إبرام العقد لو لم يقع في الغلط . فهو إذا وقع في صفة للشئ وجب أن تكون هذه الصفة جوهرية في اعتبار

(١) أنظر المادة ٢٣ من قانون الالتزامات والسببى ، والفقرة الأولى من المادة ٣٧ من قانون الالتزامات البولونى . وانظر تاريخ نص المادة ١٢٠ من القانون الجديد فيما يلى عند الكلام في الغلط المشترك وفي الغلط المردى (فقرة ١٧٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٦٨ من المشروع التهدي على الوجه الآتى :

١٥- يكون الغلط جوهرياً إذا كان من الجسامة بحيث كان يمتنع الطرف الذى وقع فيه عن إبرام العقد لو لم يقع في الغلط وقدر الأمور تقديراً مقبولاً . ٢ - ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص في الأحوال الآتية : (أ) إذا وقع في صفة للشئ تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين أو بالنسبة لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى أن يدور التعامل من حسن النية . (ب) إذا وقع في ذات الشخص أو في صفة من صفاته ، وكانت هذه الذات أو تلك الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسى في التعاقد . (ج) إذا وقع الغلط في أمور يعتبرها المتعاقد الذى يتسك بالغلط عناصر ضرورية للتعاقد لما تقتضى به طبيعة التعامل . وحذفت لجنة المراجعة الحزء (ج) من الفقرة الثانية لأن ذكر هذه الحالة مع الحالتين السابقتين يكاد يغطى بكل حالات الغلط فلا يصح هناك معنى لإيراد الفقرة الثانية على سبيل التمثيل . وأصبح رقم المادة ١٢٥ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وحذفت لجنة القانون المدنى مجلس الشيوخ عبارة « وقدر الأمور تقديراً مقبولاً » من الفقرة الأولى لأنها تتضمن قيداً يحسن أن يترك أمره لتقدير القاضى ، وحذفت عبارة « السبب الوحيد » من الفقرة الثانية حرف (ب) لأن في عموم عبارة « السبب الرئيسى » الواردة في الفقرة ذاتها ما يعنى عنها ، وأصبح رقم المادة ١٢١ . وقد وافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة (أنظر مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ١٥٥ - ١٥٨) . وانظر المادة ١٥ من المشروع الفرنسى لإبطال والفقرة الثانية من المادة ٣٧ من قانون الالتزامات البولونى .

المتعاقدين . وإذا وقع في ذات التعاقد أو في صفة من صفاته وجب أن تكون تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد .

على أن الأخذ بالمعيار الذاتي يقتضى أن يكون المعيار متعلقاً بحالة نفسية قد يدق الكشف عنها في بعض الأحيان . لذلك اتخذ القانون الحديد قرينة موضوعية لنتم عن هذه الحالة النفسية ، فقضى بأن صفة الشيء تكون جوهرية ، ليس فحسب إذا اعتبرها المتعاقدان جوهرية وفقاً لما انطوت عليه نيتهما بالفعل ، بل أيضاً إذا وجب أن يكونا قد اعتبراهما جوهرية وفقاً لما لايس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية . فالظروف الموضوعية للعقد ووجوب أن يسود التعامل حسن النية يهيدان - إذا لم نهتد من طريق آخر - إلى تعرف نية المتعاقدين . فإذا اشترى شخص من تاجر في الآثار قطعة ظنها أثرية ، ثم اتضح أنها ليست كذلك ، فمن حق المشتري أن يقيم من واقعة أنه تعامل مع تاجر في الآثار قرينة على نيته ، وأن يتخذ من هذه القرينة ذاتها دليلاً على نية التعاقد الآخر ، وأن يتمسك بما ينبغي أن يسود التعامل من حسن النية فلا يكلف نفسه أن يتحقق من الصفة الأثرية للقطعة ما دام قد اشترى من تاجر في الآثار ، بل كان الواجب على هذا أن ينبه المشتري إلى أن القطعة ليست أثرية لو كان عالماً بذلك .

١٦٩ - على أى شيء يقع الغلط : والغلط الجوهرى ، على النحو الذى أسلفناه ، يصح أن يقع ، لافى صفة الشيء وفى الشخص فحسب ، بل أيضاً فى القيمة وفى الباعث (١) . وانعيرة بأنه غلط جوهرى ، لا بأنه وقع فى هذا أو فى ذلك . ونستعرض الآن الغلط فى هذه الأحوال المختلفة .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادة ١٢١ ما يأتى : « وينبغى أن يكون الغلط المبطل للعقد جوهرياً . ولا يتحقق ذلك إلا إذا دفع من وقع فيه إلى التعاقد . ومؤدى هذا أن ينشأ تقدير الغلط بمعيار شخصى . وقد انتهى القضاء المصرى والقضاء الفرنسى فى هذا الشأن إلى تطبيقات ثلاثة تفررت فى نصوص المشروع : (أ) أولها يتعلق بالغلط الذى يقع فى صفة للشيء تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين أو بالنسبة لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى أن يسود التعامل من حسن النية . وفى هذا الغرض يرتبط تقدير الغلط الجوهرى بعامل شخصى هو حسن النية وبعامل مادى قوامه الظروف التى لا يست تكوين العقد . (ب) والثانى ينص بالغلط الواقع فى ذات شخص التعاقد أو فى صفة من صفاته ، إذا كانت هذه الذات أو تلك الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسى فى التعاقد . والمعيار فى هذا

١٧٠ - الغلط في صفة جوهرية في الشيء : إذا طبقنا معيار الغلط

الجوهري على الغلط في وصف الشيء . فإن الغلط لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا كان هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد كما قدمنا . وفي القضاء المصري في ظل القانون القديم - والقانون الجديد أن مؤكداً للقانون القديم كما أسلفنا - أمثلة كثيرة على ذلك . فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الترخيص الذي أعطته الحكومة في استغلال أرض كانت تعتقد أنها لا تحتوي إلا على كميات صغيرة جداً من الملح يجوز إبطاله إذا تبين أن هذه الأرض تحتوي على كميات كبيرة يمكن استغلالها بسهولة (١) . وقضت بأن بيع الأوراق المالية الصادرة من شركة حكم بطلانها يجوز إبطاله للغلط الذي وقع فيه المشتري بشأن صفة جوهرية في الشيء المبيع (٢) . وقضت بأنه إذا باع شخص أرضاً على أنها تحد من الجهة البحرية بشارع عرضه خمسة أمتار . وتبين بعد ذلك أن هذا الشارع لا وجود له مما يجعل الأرض محصورة من جهاتها الأربع ولا منفذ لها يؤدي إلى الطريق العام . فإن البيع يجوز إبطاله بسبب الغلط الواقع في صفة جوهرية في الشيء المبيع (٣) . وقضت بأن بيع قماش على أنه قابل لأن يغسل ثم يتبين أنه غير قابل لذلك يجوز إبطاله للغلط في صفة جوهرية في الشيء (٤) . وقضت بأن بيع شيء على أنه قديم مع أنه مجرد تقليد للقديم يجوز إبطاله للغلط في صفة جوهرية في الشيء المبيع ؛

== القرض شخصي بحسب (ج) والثالث خاس بالغلط الواقع في أمور يعتبرها من يتسك به من المتعاقدين عناصر ضرورية للتعاقد طبقاً لما تنص به التראה في التعامل (ملاحظة : هذا التطبيق حذفه لجنة المراجعة كما قدمنا في تاريخ من المادة ١٢١) . وقد تتطوى صورة الغلط في الباعث في هذا التطبيق الثالث . بيد أنه يجب الرجوع ، عند الإثبات ، إلى عنصر موضوعي أو مادي بحسب ، هو عنصر تראה التعامل . وينضج من ذلك أن تقدير الغلط وإن كان قد نيط بمحيار شخصي بحسب ، إلا أن تبين الإثبات قد اقتضى الاعتداد بعناصر مختلفة ، فيها الشخصي والمادي . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ١٤٣) .

(١) ٧ يناير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٩٩ .

(٢) ٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٣٦ - جازيت ٦ ص ٣٤ .

(٣) ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ - وانظر حكماً ثالثاً في ١٧ مايو سنة

١٩١٠ م ٢٣ ص ٣٢٥ - وحكماً ثالثاً في ١٨ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢١ .

(٤) ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٧٤ .

ولا يلتزم المشتري برفع دعوى الإبطال في ثمانية أيام من وقت العلم بالحقيقة لأن هذا هو ميعاد رفع الدعوى في ضمان العيوب الخفية . أما هنا فالدعوى دعوى إبطال للغلط (١) . وقضت بأنه يعتبر غلطاً في صفة جوهرية في الشيء قبول حوالة حق مع اعتقاد أن الحق مضمون برهن . ويتبين بعد ذلك أن الرهن قد سقط قيده وأن العقار المرهون بيع إلى الغير . فشرط عدم ضمان الحيل يطل في هذه الحالة (٢) . ولكن لا يعتبر غلطاً في صفة جوهرية في الشيء المبيع أن يقع خطأ في بيان حدود الأرض المبيعة ما دامت نمرة الأرض في خريطة فك الزمام قد ذكرت صحيحة وكان يمكن تمييز الأرض ومعرفتها من وراء ذلك (٣) . ولا يعتبر غلطاً يجعل العقد قابلاً للإبطال أن يتضح أن الأرض المبيعة محصورة إذا لم يذكر البائع أن لها منفذاً بل بين حدودها وموقعها وكانت معرفتها مستطاعة بذلك (٤) .

١٧١ - الغلط في شخص المتعاقد : وإذا طبقنا معيار الغلط الجوهرى

على الغلط في شخص المتعاقد ، فإن الغلط لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد كما هو نص المادة ١٢١ . مثل هذا الغلط إنما يقع في العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار كعقود الترع بوجه عام وبعض عقود المعاوضة . وهو قد يقع في ذات المتعاقد إذا كانت هي محل الاعتبار ، كالغلط في شخص الموهوب له أو الوكيل أو المزارع أو الشريك . وقد يقع في صفة جوهرية من صفات المتعاقد كانت هي الدافع

(١) ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٩ - وانظر حكماً آخر في ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٧٤ (وقد سبقت الإشارة إليه) . وانظر في التمييز ما بين الغلط في الشيء والعيوب الخفية نظرية العقد للمؤلف لفترة ٣٥٨ . وكان القانون القديم يوجب رفع دعوى الغيب في ثمانية أيام من وقت العلم بالحقيقة (م ٤٠٢/٣٢٤) ، أما القانون الجديد فجعل الدعوى تتقدم باقضاء سنة من وقت تسليم المبيع (م ٤٥٢) .

(٢) ٧ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٣٣ .

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٢٠ .

(٤) محكمة الاستئناف المختلطة في ٧ يناير سنة ١٩٩٧ م ٩ ص ١٠٤ - وفي ٨ أبريل سنة ١٩٩٧ م ٩ ص ٢٦٣ - وفي ١٨ أبريل سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط

٢٥ ص ٢٨٥ - وفي ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٧

إلى التعاقد كأن يهب شخص لآخر مالا معتقداً أن هناك رابطة قرابة تربطه به فيتضح أن الأمر غير ذلك . وكأن يؤجر شخص منزلاً لامرأة يعتقد أن سلوكها لا رية فيه فيتضح أنها امرأة تحترف العهارة حتى لو لم تكن تبشر مهنتها في المنزل . وكأن يتعاقد شخص مع أحد الفنيين (مهندس أو صانع في عمل يقتضى مهارة فنية) وهو يعتقد أنه يحمل شهادة فنية فيتضح أنه لا يحملها وأنه غير ماهر في فنه (١) . وتقدير ما إذا كانت شخصية المتعاقد أو صفته كانت هى محل الاعتبار وهى التى دفعت إلى التعاقد مسألة من مسائل الواقع لا من مسائل القانون ، ينظر فيها إلى ظروف الدعوى مما يمكن أن يستدل به على نية المتعاقدين . فالمعيار ذاتي . وهو المعيار الذى يطبق في جميع نواحي نظرية الغلط .

١٧٢ - الغلط في القيمة : رأينا أن النظرية التقليدية لا تقم لهذا الغلط وزناً فلا تجعله يؤثر في صحة العقد . أما إذا سائرنا النظرية الحديثة وهى التى أخذ بها القانون المصرى . وطبقنا معيار الغلط أخوه رى على الغلط في القيمة ، وجب أن نقول إن الغلط في قيمة الشيء إذا كان هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد يجعل العقد قابلاً للإبطال . فإذا باع شخص شيئاً ب قيمته الفعلية ، وكان يجهل أن هذا المسم قد ربح جائزة كبيرة . كان له أن يطلب إبطال البيع للغلط في قيمة الشيء الذى باعه . وقضت محكمة الاستئناف المحظطة ، في قضية اتفق فيها صاحب البضاعة مع صاحب السفينة على أن يكون سعر نقل البضاعة إما بحساب حجمها أو بحساب وزنها طبقاً لما يختاره صاحب السفينة . وطلب هذا أن يكون السعر بحساب الحجم فتبين أن حساب الحجم يزيد على حساب الوزن ثمانية أضعاف . ولم يكن صاحب البضاعة يدرك ذلك بدليل أنه رفض الاتفاق مع صاحب سفينة أخرى على سعر يقل كثيراً عن السعر الذى يطالب به . بأن صاحب البضاعة في هذه الحالة يجوز له أن يطلب إبطال عقد النقل (٢) .

(١) أنه في هذه الأمثلة وفي غيرها نظرية عقد للدولت فقرة ٣٦٠ - فقرة ٣٦٢ .
(٢) ١٦ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ م ٤٢٦ - جازيت ٢ م ١٣٥ رقم ٤٠٠ - وفي قضية أخرى قضت محكمة الاستئناف المحظطة بأن الغلط يجعل العقد قابلاً للإبطال إذا كان غلطاً يؤثر تأثيراً كبيراً في الثمن باعتباره الرابطة الرئيسية في التعاقد (٢٥ مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٦ م ٢٦١) . وفي قضية كان الدين فيها مطلقاً بالدفع بالعملة المصرية ، ودفع للدائن بالعملة الفرنسية =

١٧٣ - الغلط في الباعث : تقدم القول إن النظرية التقليدية تميز بين

الغلط في السبب والغلط في الباعث ، فتجعل الأول يطل العقد بطلاناً مطلقاً ، وتجعل الثاني لا أثر له في صحة العقد . والنظرية التقليدية عندما تميز بين السبب والباعث تنظر إلى السبب في نظريته التقليدية أيضاً فيكون هو الغرض المباشر الذي يقصد الملزم الوصول إليه من وراء التزامه . فإذا اتفق الورثة مع الموصى له على قسمة العين المشاعة بينهم ، ثم يتضح أن الوصية باطلة أو أنها سقطت بعدول الموصى ، كان هناك غلط في السبب بمعناه التقليدي ، فإن الورثة قصدوا من التزامهم بعقد القسمة غرضاً مباشراً هو إقرار نصيبهم من نصيب الموصى له باعتبار أن هذا يملك بالوصية حصه في العين ، وتبين أنه لا يملك شيئاً ، فهذا غلط في السبب (١) . أما الغلط في الباعث ، وهو الذي

= وقبل يمثل الدائن (وكان حارساً قضائياً) الوفاء بهذه الملة حتماً لأن الاتفاق يطل المدين هذا الحق ، ثم تبين بعد ذلك أن المدين ملزم بالوفاء بالصلة المصرية ، قضت محكمة الاستئناف المختلطة بإلزام المدين بدفع الفرق بين سعر المملتين في اليوم التي كشفت فيه هذا الغلط (٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨٨ ص ٧٦) . كذلك إذا استوفى الدين مبلغاً أقل مما يستحق عن غلط منه ، لم يكن هذا الوفاء مبرئاً لدمه المدين في كل الدين (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢٢ ص ٢٣٥) . أنظر أيضاً في الغلط في القبة محكمة الاستئناف المختلطة في ٣ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦٦ ص ٢٢٤ ، وفي الغلط في عقد التخارج محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤٦ ص ٢٦١ - وحكماً ثانياً في ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩٦ ص ١٠٣ - وحكماً ثالثاً في ١١ يولية سنة ١٩٠٣ م ١٥٠ ص ٣٠٠ . وانظر أحكاماً أخرى تنضى بتبر هذا المبدأ في نظرية العقد للمؤلف ص ٣٧٧ حاشية رقم ٢ .

هذا ويلاحظ أن الفرق ما بين الغلط في القبة والغبين يقوم على أنه ليس من الضروري أن المتعاقد الغبون يكون قد وقع في غلط بالنسبة إلى قيمة الشيء الذي يتعاقد عليه ، فقد يكون على بينة من قيمة الشيء الحقيقية وقبل الغبن بالرغم من ذلك .

(١) أنظر ما جاء في نظرية العقد للدولف فقرة ٣٦٤ ، حيث ذكر من الأمثلة على الغلط في الباعث أن يصطاح الوارث مع الموصى له على أن يسلم الأول لثاني جزءاً من الشيء الموصى به دون الباقي ، ويكون الباعث على هذا الصلح اعتقاد أن الوصية فائضة وقت موت الموصى ، ويتضح بعد ذلك أن الموصى كان قد عدل عنها . والفرق ظاهر بين هذا للكل ومثل قسمة الوارث مع الموصى له . ففي الحالة الأولى يتنازع الوارث في الوصية ويتهمس بالمصالحة عليها وقد دفعه إلى ذلك اعتقاده أن الموصى لم يبدل عنها ، ولكن أثر النزاع بقي في أن الوارث لم يسلم للموصى له إلا جزءاً من الشيء الموصى به . فالغلط هنا يقع في الباعث . أما في قسمة الوارث مع الموصى له ، فالوارث يسلم بالوصية ولا يتنازع فيها ، لذلك أقسم الموصى له العين الشائعة وأعطاه نصيبه ، وهو القدر الموصى به ، كاملاً بمقتضى عقد القسمة . فالغلط هنا يقع في السبب بمعناه التقليدي .

لا يؤثر في صحة العقد طبقاً للنظرية التقليدية ، فثله أن يبيع شخص عيناً وهو مريض وبعقد أنه في مرض الموت ، ثم يشفى من المرض ، فهو لا يستطيع أن يطن في البيع بدعوى أنه صدر منه وهو في مرض الموت لأن هذا الطعن لا يقبل إلا من الورثة وبشرط أن ينتهي المرض بالموت . ولا يستطيع أن يطن في البيع بالغلط في الباعث ولو أن الدافع له إلى التعاقد هو اعتقاده وقت البيع أنه يموت . فإذا تركنا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة . وطبقنا معيار الغلط الجوهرى . كان الغلط في الباعث في هذا المثل غلطاً جوهرياً يحجز للبائع أن يطلب إبطال البيع (١) .

ونرى من ذلك أن التمييز يبقى قائماً بين الغلط في السبب والغلط في الباعث ما دمنا نحتفظ بالنظرية التقليدية في السبب ولو هجرنا النظرية التقليدية في الغلط . فلا يزال الغلط في السبب بمعناه التقليدى يجعل العقد باطلاً ، أما الغلط في الباعث فيجعل العقد قابلاً للإبطال وفقاً للنظرية الحديثة في الغلط ، ولا يؤثر في صحة العقد وفقاً للنظرية التقليدية .

أما إذا هجرنا النظرية التقليدية في السبب إلى النظرية الحديثة . فإن الغلط

(١) ومن أمثلة الغلط في الباعث ما يطرأ فيه لأول وهلة أن الغلط ينبغي ألا يؤثر في صحة العقد . فلو اشترى شخص سيارة معتقداً أن سيارته القديمة قد كسرت في حادث اصطدام ثم يتضح عدم صحة ذلك ، أو استأجر موطن منزلاً في مدينة معتقداً أنه سينقل إليها ثم يبين بعد ذلك أنه لم ينقل ، كان هذا غلطاً في الباعث ، وينبغي ألا يؤثر في صحة العقد وإلا تعرض العامل لحظر التزعزع وعدم الاستقرار . ولكن هذه الطرة الأولى غير دقيقة ، فإن الذى يعرض العامل للتزعزع في مثل هاتين الحالتين ليس هو أن الغلط في الباعث يكون غلطاً جوهرياً ، بل إن التعاقد الآخر لا يكون له اتصال بهذا الغلط . وسرى فيما يلى أن الغلط الذى يجعل العقد قابلاً للإبطال يجب أن يشترك فيه التعاقد الآخر ، أو أن يكون على علم به ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه . فلا يزعزع العامل في شيء أن يطلب مشتري السيارة أو مستأجر المنزل ، في المثبتين المتقدمين ، إبطال العقد ، ما دام المشتري في المثل الأول يستطيع أن يثبت أن بائع السيارة كان يعتقد مثله أن سيارته القديمة قد كسرت في حادث اصطدام وأن هذه الواقعة الموهومة هى التى دفعت المشتري إلى الشراء ، أو أن البائع كان على علم بأن الواقعة التى دفعت المشتري إلى الشراء إنما هى واقعة موهومة ، أو كان من السهل عليه أن يتبين ذلك — وما دام المستأجر ، في المثل الثانى ، يستطيع أن يثبت أن المؤجر كان يعتقد مثله أنه قل إلى المدينة التى استأجر فيها المنزل وأن هذا هو الدافع للاستئجار ، أو أن المؤجر كان على علم بأن النقل الذى دفع الموصف إلى استئجار المنزل إنما هو واقعة موهومة ، أو كان من السهل عليه أن يثبت ذلك .

في السبب يختلط بالغلط في الباعث ، ويصبحان شيئاً واحداً ، ولا يكون ثمة محل للقول بأن الغلط في السبب يجعل العقد باطلاً والغلط في الباعث يجعل العقد قابلاً للإبطال . ويتعين الأخذ بأحد الأمرين : إما أن يكون الغلط في كل من السبب والباعث - فهما شيء واحد في النظرية الحديثة في السبب - من شأنه أن يجعل العقد باطلاً ، وإما أن يكون هذا الغلط من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال . ولا يجوز التفريق بينهما في الحكم . وقد وقف كثير من الفقهاء حائرين عند هذه المسألة الدقيقة ، يتحسسونها ولكن لا يجرؤون على قول حاسم فيها . فهم يقولون بالنظرية الحديثة في السبب ويخلطونه بالباعث ، ويقولون بالنظرية الحديثة في الغلط ويجعلون معياره الغلط الجوهرى ولو وقع في الباعث ، ولكنهم يفتقون عند هذا ويقرن على التمييز فيما بين الحالتين ، فيجعلون الغلط في السبب من شأنه أن يجعل العقد باطلاً ، والغلط في الباعث من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال . فيترتب على هذا التناقض خلط عجيب ما بين منطقتي السبب والغلط ، إذ تبقى منطقة مشتركة فيما بينهما يتنازعها كل منهما ، فإذا سمينا هذه المنطقة بالسبب المغلوط (cause erronée) كان العقد باطلاً ، وإذا سميناها بالغلط في الباعث (erreur sur le motif) كان العقد قابلاً للإبطال (١) .

(١) أنظر في التوفيق ما بين الغلط في السبب والغلط في الباعث بلانول وريير ربولانجي سنة ١٩٤٩ الجزء الثانى فقرة ٢٠٠ وفترة ٢٩٩ وفترة ٣٠٤ وفترة ٨٢٤ - أما الفقه المصرى فقد سار وراء الفقه الفرنسى في هذا التناقض : أنظر الدكتور عبد السلام زهني بك في الالتزامات فقرة ١٣٠ - الدكتور محمد وهبة فقرة ٢٦٠ وفترة ٣١٨ - قارن نظرية العقد للمؤلف ص ٣٧٥ هامش رقم ٢ - وقارن والتون ١ ص ٥٢ - ص ٥٣ - ومن الفقهاء المصريين من لا يزال يرى الغلط في الباعث (في ظل القانون القديم) لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا اخلط بصفة جوهرية في الشيء أو في الشخص (الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٥٩) . ومنهم من يبين أن نظرية الغلط هي نظرية السبب غير الصحيح ، ولكنه يلحق تلك بهذه فيجعل الغلط جزءاً من نظرية السبب ، ثم يعود بعد ذلك فيجعل الجزء على كل من الغلط والسبب غير الصحيح هو البطلان النسبي (قابلية العقد للإبطال) لا البطلان المطلق (الدكتور حلمي بهجت بدوى ص ١٧٣ و ص ١٧٩ و ص ١٩٨ و ص ٢٣٢ - ص ٢٣٤) . أنظر أيضاً في هذا الموضوع مؤلفاً موضوعاً بالفرنسية للدكتور شفيق شحاته في الالتزامات ص ٤٢ - ص ٤٣ .

ورى أن الذى دعا إلى حيرة الفقه في هذه المسألة الدقيقة هو تطور النظريات القانونية وتسخلها بعضها في بعض ، فتبقى الحلول القديمة وثمة بالرغم من أنها تقتصر عن مسايرة هذا -

هذا التناقض المعيب توقعه القانون المصرى الجديد . فهو قد أخذ بالنظرية الحديثة فى كل من الغلط والسبب . وانبئ على ذلك وجود هذه المنطقة المشتركة . فزحزحها من منطقة السبب إلى منطقة الغلط ، وجعل نظرية الغلط وحدها هى التى تنطبق أحكامها على هذه المنطقة . فيكون الغلط فى كل من السبب والباعث من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال . ولا يكون هناك محل لاقول بأن السبب المغلوطة يجعل العقد باطلاً ، فالسبب الذى يجعل العقد باطلاً فى القانون الجديد هو السبب غير المشروع وحده (١) .

١٧٤ - الغلط فى الرافع والغلط فى القانون : وفى كل ما قدمناه من

تطبيقات لمعيار الغلط الجوهرى . سواء وقع الغلط فى الشيء أو الشخص أو القيمة أو الباعث . لا نفرق بين ما إذا كان الغلط هو غلط فى الواقع أو غلط فى القانون . فما دام جوهرياً . أى مادام هو الذى دفع إلى التعاقد . فإنه يجعل العقد قابلاً للإبطال . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٢٢ من القانون

== التطور . فقد كان مسلفى ظل النظريات التقليدية أن السبب غير الباعث ، وانبئ على ذلك أن الغلط فى السبب يجعل العقد باطلاً ، أما الغلط فى الباعث فلا يؤثر فى صحة العقد . ومنذ تطورت النظرية التقليدية فى الغلط ، واستبدل بالمعيار الموضوعى معيار ذاتى ، أصبح الغلط فى الباعث يؤثر فى صحة العقد . ولكن هذا التطور لم يزعزع سلامة التمييز ما بين الغلط فى السبب بمعنى التقليدى والغلط فى الباعث ، فلا زال الغلط فى الحالة الأولى يجعل العقد باطلاً ، أما الغلط فى الحالة الأخرى فأثره بقى محتلفاً عن أثره فى الحالة الأولى وإن كان قد تضرر فأصبح يجعل العقد قابلاً للإبطال . إلى هنا بقى التمييز سليماً ما بين الغلط فى السبب والغلط فى الباعث . ولكن منذ تطورت نظرية السبب هي أيضاً ، كما تطورت نظرية الغلط ، واختلط السبب بالباعث فى النظرية الحديثة ، صار متعيناً أن نجعل حكم الغلط فى السبب هو حكم الغلط فى الباعث دون تمييز بين الحالتين . ومع ذلك بقى اتفقه إلى حد كبير محتفظاً بهذا التمييز ، ولم يلق بالآ إلى ما حدث من التطور .

(١) وسرى عند الكلام فى نظرية السبب أن القانون الجديد قد أخرج السبب المغلوطة (أو السبب غير الصحيح) من منطقة السبب ، واقتصر على ذكر السبب غير المشروع .

هذا وبلاحظ أنه إذا كان حكم الغلط فى السبب بالمعنى الحديث هو حكم الغلط فى الباعث فيكون العقد قابلاً للإبطال فى الحالتين كما قدمنا ، فإن الغلط فى السبب بمعنى التقليدى ، أى الغلط المتعلق بالفرض الباسر الذى يقصد الالتزام الوصول إليه من وراء التزاه ، لا يزال غلطاً يحول دون تكون العقد لانعدام الرضاء أو لانعدام المحل على ما سرى عند الكلام فى السبب ، فإذا وقع جعل العقد باطلاً كما أسلفنا القول .

المدنى الجديد إذ تقضى بما يأتى : « يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط فى القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره (١) » . ولم يكن القانون القديم يشتمل على نص فى هذه المسألة ، ولكن القضاء والفقه فى مصر سارا على أن الغلط فى القانون كالغلط فى الواقع يجعل العقد قابلاً للإبطال (٢) .

والذى كان يلبس الأمر فى هذه المسألة وقت قيام القانون القديم غير مشتمل على نص فيها هو وجود قاعدة أخرى معروفة تقضى بأن الجهل بالقانون لا يقبل عذراً ، أو كما يقولون : « لا يفرض فى أحد أنه يجهل القانون » (Nul n'est censé ignorer la loi) . ولكن مجال تطبيق هذه القاعدة لا يكون إلا حيث توجد أحكام قانونية تعتبر من النظام العام ، فيجب على جميع الناس مراعاتها ولا يجوز لأحد أن يخل بها بدعى أنه يجهلها ، ويفترض أن كل شخص يعرف هذه الأحكام ، وإلا لما أمكن تطبيقها تطبيقاً منتجاً لو أفسحنا جانب العذر فى ذلك . ويدخل

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٦٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « الغلط فى القانون كالغلط فى الوقائع ، يجعل العقد قابلاً للإبطال ما لم يوجد نص يقضى بخلاف ذلك » . وقد وافقت عليها لجنة المراجعة مع تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ١٢٦ فى المشروع التام . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وتردأت لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ طويلاً فى استبقاء المادة أو حذفها اكتفاء بالقواعد العامة ، واستقر رأيها أخيراً على استبقائها بعد تعديلها على الوجه الآتى : « يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط فى القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره » . وأصبح رقم المادة ١٢٢ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٥٩ - ص ١٦٤) .

(٢) دى هانس لفظ (convention) فقرة ٦٠ - والتون ١ ص ١٨٦ - ص ١٨٩ - الدكتور محمود وهبة فقرة ٢٦٢ - الدكتور عبد السلام ذهبى بك فقرة ١٢٠ - الدكتور محمد صالح بك فقرة ٢٧٢ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٧٢ - الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ١٢٢ - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٦٥ . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الغلط الواقع فى صفة جوهرية فى الشيء يفسد الرضاء لا فرق فى ذلك بين غلط فى القانون وغلط فى الواقع (٢٠ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٤٤) . وقضت كذلك بأن الاعتراف بصفة الحائز لمعار لا يكون صحيحاً إذا كان منبياً على غلط فى القانون (١٤ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢٢) ، وبأن إنشاء الورثة على محضر جرد التركة ، وقد ذكر فيه بيع صادر من المورث فى مرض الموت لأحد الورثة ، لا يعتبر إجازة لهذا البيع إذا كانت الورثة التى أمنت محضر الجرد تجهل حكم القانون فى بيع المريض مرض الموت وأنه يتوقف على إجازة الورثة (٤٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٧١) .

في هذه الأحكام القوانين الجنائية وبعض من القوانين المدنية وهي التي تعتبر من النظام العام . مثل ذلك أن يقرض شخص آخر بفائدة تزيد على ٧ في المائة وهو يجهل أن الحد الأقصى للفوائد هو ٧ في المائة . فليس للمقرض في هذه الحالة أن يطلب إبطال عقد القرض بدعوى الغلط في القانون وأنه ما كان يقرض نقوده لو علم بأن الحد الأقصى للفائدة لا يزيد على ٧ في المائة . بل يبقى القرض صحيحاً وتنقص الفائدة إلى ٧ في المائة . أما إذا كان الغلط واقعاً في مسألة قانونية لا تعتبر من النظام العام . فلا شك في أنه يمكن الاحتجاج بهذا الغلط واتمسك به لطلب إبطال العقد . إلا إذا نص القانون على غير ذلك كما فعل في عقد الصلح حيث تنص المادة ٥٥٦ على أنه « لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون (١) » .

(١) ولكن يجوز الطعن في الصلح لغلط في الواقع ، كما إذا صلح الدائن المدين على مبيع الدين وكان الدافع لهذا الصلح نومه الدائن بدار المدين (استئناف مختط في ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٦١) .

هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التجهيز في صدد المادة ١٢٢ مكرر : « قصد المشروع ... إلى القضاء على كل شك فيما يتعلق بتعكس غلط في قانون . فكثيراً ما يتبع هذا الغلط من بين أسباب البطلان التي سادت في فعدة افتراض عدم الجهل بالقانون . والواقع أن نطاق هذه القاعدة لا يتناول إلا القوانين التي لا علم بعدم ، وعلى وجه الخصوص ما يتعلق منها بالمسائل الجنائية . أما إذا دور الأمر عند النطاق ويكون لغلط في القانون ، متى ثبت أنه جوهري ، شأن العقد في الواقع من حيث ترتيب بطلان الذي ، فلم يقص القانون بغير ذلك ، كما هي الحال مثلاً في عقد الصلح . وقد جرى قصده لخصى على ذلك : أنظر استئناف مختط في ٢٠ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٤٤ - ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٤ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢٢ (مجموعة الأعمال التعصيرية ٢ ص ١٥٩) .

ويلاحظ أن المراد بالغلط في القانون الغلط في القواعد القانونية التي ليست علماً للخاص ، فهذا هو الذي يحتاج به . أما الغلط في المسائل المختلف عليها وترجيح أحد الآراء خطأ فلا أثر له في صحة العقد (محكمة الاستئناف المختصة في ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢٦ - رفي ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٠٢ - وفي ٦ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١١) . ولكن بشرط أن تكون المسألة قد اختلفت فيها المحاكم فلا ، فإذا لم تكن عرضت على المحاكم ، فإن الشخص إذا رجع رأياً على رأى خطأ منه عد هذا غلطاً في القانون (محكمة الاستئناف المختصة في ١٦ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٥٦) . وقد يتفق أن مسألة قانونية يبت فيها القضاء على نحو معين ، ويحرم عامل الناس على مقتضى الرأى الذي سار عليه القضاء ، ثم يرجع القضاء عن رأيه إلى رأى آخر . في مثل هذه الحالة يجوز اعتبار =

ومن المفيد أن نطبق هذا المبدأ على جميع أنواع الغلط التي سبق تفصيلها . فالغلط في القانون الواقع في صفة جوهرية في الشيء مثله أن يتعهد شخص بدفع دين طبيعي وهو يعتقد أن هذا الدين ملزم له مدنياً ، فيجوز له في هذه الحالة أن يطلب إبطال التعهد . ومثل الغلط في القانون الواقع في شخص المتعاقد أن يهب رجل لمطلقة مالا وهو يعتقد أنه استردها لعصمته جاهلاً أن الطلاق الرجعي ينقلب بائناً بانتهاء العدة فلا ترجع إلى عصمته إلا بمقد جديد . ومثل الغلط في القانون الواقع في القيمة أن يبيع وارث حصته في التركة وهو يحسب أنه يرث الربع فإذا به يرث النصف . ومثل الغلط في القانون الواقع في الباعث ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا اعترف الوارث بحق للغير في التركة معتقداً أن القانون الوطني هو الواجب التطبيق ، ثم تبين بعد ذلك أن القانون الإيطالي هو الذي يطبق ، وأن دعوى الغير ليست صحيحة طبقاً لهذا القانون ، فإن رضاه الوارث يكون مشوباً بغلط في القانون (١).

ب - كيف يحصل المتعاقد الآخر بالغلط

١٧٥ - **الغلط المشترك:** لم نعرض في كل ما قلناه إلا للمتعاقد الذي وقع في الغلط ، فهو الذي نطبق في شأنه المعيار الذاتي ، معيار الغلط الجوهري.

== الغلط في القانون مؤثراً في صفة العقد (أنظر في تحليل القضاء الفرنسي في هذا الموضوع رسالة الدكتور فهمي نور ص ٧١ - ص ٧٦) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز للاحتجاج على فساد الرضاء التمسك بأنه يني على حصول غلط في القانون إلا إذا كان الغلط قد وقع في حكم منصوص عليه صراحة في القانون أو مجمع عليه من القضاء . فإذا حرر أحد متكوي حريق حدث بظارسة جديد الحكومة إقراراً بأنه تسلم من خزنة المديرية ١٥٠ جنينها بصفة إحسان ، وأنه ليس له بعد إحسان الحكومة وعطفاً هذا أي حق في مطالبتها بشيء ما ، فهذا الإقرار لا يعتبر مشوباً بغلط في القانون . والحكم الذي يعتبره كذلك مستنداً للم أن المتركان حين الإقرار يعتقد أن مصلحة السكة الحديد غير مشولة عن الحادث ، وأنه إذن يكون تنازل عما كان يعتقد لاحق له فيه ، هو حكم مخالف للقانون متين قهضه . وذلك لأن الأمر الذي يحتل أن صاحب الإقرار كان يجهله هو المشولية المترتبة على الدولة بسبب الخلل في تنظيم المصالح الحكومية أو سوء إدارتها ، وهذه المشولية لا ينقطع بها في القانون المصري نص صريح فيه أو إجماع من فقهاء القضاء ، فبهاً إذن لا يشوب الإقرار بالغلط المستوجب للفساد رضاه المقر ، ويتبين إذن إعمال الإقرار وأخذ صاحبه به (تجس مدني في ٣ يونيو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٧ ص ٢٩٤) .

(١) ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٤ - جازت ٨ رقم ١٩٣ ص ٢٩ .

ولكن هل يبق المتعاقد الآخر بعيداً عن هذا الغلط ، غير متصل به على وجه من الوجوه . والمعيار كما قدمنا ذاتي ، وكثيراً ما يكون جاهلاً بأمر هذا الغلط بل ويكون غير متوقع له ؟ إننا إذا قلنا بذلك تزعزع التعامل ، ولم يأمن أى متعاقد أن يرى العقد الذى اطمأن إليه قد انهار بدعوى الغلط يقدمها الطرف الآخر . وهو بعد لم يدخل فى سريره فيعلم إن كان رضاؤه قد صدر عن غلط !

من أجل ذلك قال كثير من الفقهاء إن الغلط الفردى لا يكفى . بل يجب أن يكون الغلط مشتركاً بين المتعاقدين (erreur commune) . ذلك أن المتعاقد إذا وقع فى غلط جوهرى واشترك معه المتعاقد الآخر فى هذا الغلط ، ثم تبين الحقيقة وطلب المتعاقد الأول إبطال العقد . فمن العدل أن يقره المتعاقد الآخر على بطلان العقد لسبب هو نفسه قد اشترك فيه . ولا يعود هناك وجه للتذمر من تقلل المعاملات وعدم استقرارها . فإذا فرضنا مثلاً أن شخصاً باع لآخر صورة على أنها من صنع مصور مشهور . وجب أن يكون كل من البائع والمشتري يعتقد أن الصورة هى من صنع هذا المصور حتى يجوز للمشتري طلب إبطال البيع للغلط إذا تبين أن الصورة ليست من صنعه . أما إذا كان المشتري وحده هو الذى يعتقد ذلك دون البائع . فلا يكون هذا الغلط مشتركاً . ولا يجعل البيع قابلاً للإبطال حتى لا يفتاج البائع بدعوى إبطال العقد وهو لا يعلم شيئاً عن الغلط الذى وقع فيه المشتري . هذه هى نظرية الغلط المشترك . وهذه هى الحجج التى يقدمها أنصار هذه النظرية للتدليل على صحة نظريتهم . ولكننا لا نشك بالرغم مما يقدمون من حجج ، أن النظرية لا تتمشى مع المنطق . ولا تنفق مع العدالة . ثم هى ليست ضرورية لتحقيق الغرض العلى المقصود وهو استقرار المعاملات إذ يمكن الوصول إلى هذا الغرض من طريق آخر .

أما أن النظرية لا تتمشى مع المنطق فظاهر ، لأن الغلط يفسد رضاء من وقع فيه ، ولا يمنع فساد هذا الرضاء كون المتعاقد الآخر لم يشترك فى الغلط . فيجب منطقياً إبطال العقد إذ شاب رضاء أحد المتعاقدين غلط كان هو الدافع له إلى التعاقد ، سواء وقع المتعاقد الآخر فى هذا الغلط أو لم يقع .

وأما أن النظرية لاتتفق مع العدالة ، فيظهر ذلك إذا فرضنا أن الغلط لم يكن مشتركاً ، ولكن التعاقد الذى صدر منه رضاء صحيح كان يعلم بالغلط الذى وقع فيه التعاقد الآخر ، وتركه مسترسلاً فى غلظه دون أن ينبه إلى ذلك . فالغلط فى مثل هذه الحالة يكون فردياً . وليس من شأنه أن يبطل العقد طبقاً لنظرية الغلط المشترك . ويترتب على ذلك أنه ما لم يكن هناك تدليس من للتعاقد الأول . ولنفرض أنه وقف موقفاً سليماً محضاً . فإن العقد يكون صحيحاً لا مطعن فيه . وبدهى أن هذه النتيجة تصطدم مع العدالة ، فإنه إذا كان عدلاً أن يبطل العقد فى حالة اشتراك الطرفين فى الغلط ، فالأولى أن يبطل العقد إذا انفرد أحد المتعاقدين بالغلط وكان الآخر يعلم ذلك ولم ينبه إليه .

وأما أن النظرية ليست ضرورية لاستقرار التعامل ، فإن ذلك يظهر فى وضوح لو أخذنا بنظرية الغلط الفردى ، واقتصرنا على اشتراط أن يكون التعاقد الآخر متصلاً بهذا الغلط على الوجه الذى سنبينه فيما يلى .

١٧٦ — الغلط الفردى الذى يتصل به التعاقد الآخر: يكفى إذن أن

يكون الغلط فردياً (١) . ولكن إذا كان التعاقد الآخر لم يشترك فى هذا الغلط وجب : حتى تمتنع مفاجأته بدعوى الغلط ، أن يكون على علم به أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه . وهذا ما تقتضى به المادة ١٢٠ من القانون الجديد ، فهى تنص على أنه «إذا وقع التعاقد فى غلط جوهرى ،

(١) وقد سارت محكمة النقض فى هذه النظرية إلى النهاية ، فاكنت بأن يكون الغلط فردياً حتى لو كان الطرف الآخر حسن النية ، وأجازت الحكم له بتعويض تطبيقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية . فاضت بأنه إذا أثبت التعاقد أنه كان واقفاً فى غلط ، ثم أثبت أنه لولا هذا الغلط ما كان يعقد لمشاركة ، حكم له بإبطالها ولو كان التعاقد الآخر حسن النية غير عالم بغلط صاحبه ، إذ أن حسن نيته ليس من شأنه أن يقيم مشاركة باطلة ، وإنما هو قد يجعل له على الفالط حقاً فى تعويض إن كان يستحقه طبقاً لقواعد المسؤولية . فإذا قضى الحكم بإبطال الإقرار الموقع من الممول بخوافته على تقدير مصلحة الضرائب لأرباحه بناء على أن موافقته كانت عن غلط وقع فيه ، فإنه لا يكون بحاجة إلى تحرى علم مصلحة الضرائب بغلطه (قضى مدنى فى أول أبريل سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٥ من ٥٨٦) . ولكن يلاحظ أن مصلحة الضرائب لها وضع خاص ، وشأنها ليس كشأن المتعاقد العادى . فهى إذا لم تعلم بغلط الممول كان كل ما أصابها من ضرر هو أن فات عليها ربح غير مشروع ، فهل لها أن تشكو من ذلك !

جاء له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في الغلط، أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبينه (١) .

وتعليل ذلك أن الغلط إذا لم يكن مشتركاً ، وفاجأ المتعاقد الذي وقع في العبط المتعاقد الآخر بدعوى الغلط . ولزم أن يبطل العقد . فإن المتعاقد الآخر حسن النية لا ذنب له في ذلك . والمخطيء هو المتعاقد الأول الذي أحمل في كشف نيته ولم يجعل المتعاقد الآخر يدين أو يستطيع أن يتبين ما شاب إرادته من عاظم . فوجب عليه التعويض . وخبر تعويض في هذه الحالة هو بقاء العقد صحيحاً (٢) . ولا يستقيم هذا التعليل إلا إذا كان المتعاقد الآخر

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٦٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

« إذا وقع التعاقب في غلط جوهري وقت إتمام العقد . فيجوز له أن ينسك بالبيان إن كان التعاقب الآخر . ولو لم يرتكب خطأ . قد جره بوقفه إلى الوقوع في الغلط ، أو كان واقعاً مثله فيه ، أو كان يعلم بوقوع الغلط ، أو كان من السهل عليه أن يتبين ذلك » . وقد حذفت لجنة المراجعة عبارة « ولو لم يرتكب خطأ » . فحصرته بوقفه إلى الوقوع في غلط . لأن هذه العبارة تفسر حالة يندر وقوعها وإذا تمت أمكن أن تخرج تحت حالة من الحالات الأخرى ، وحدثت عبارة « وقت إتمام العقد » لهذه ضرورتها . وأصبح رقم المادة ١٢٤ في المشروع القديم . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . أما لجنة القانون المدني فحسب الشيوخ عدم تردد صواب وقتها على المادة كما قررها مجلس سبب . وأصبح رقمها ١٢٠ . وقالت في تقريرها ما يار : « اقترح الإعراس عن عارية لعقد مشترك كما تقررها المادة ١٢٠ من المشروع ، وهو الركن الأخذ بهذا الاقتراح لأن فكرة العقد الفردي في إطلاقها تخل باستقرار المعاملات وتفسح المجال لتسروب من الادعاءات والمناجات العقد الإجماع على وجوب توثيقه . ومن المشروع في العقد يقتضي مع الطبيعة التقليدية ، ولا تزال هذه الطبيعة صالحة للعمل بها . فهي تؤدي إلى تحصيل نفس النتائج التي يحصل منها العقد الآن عن طريق نصريات أخرى ، وهذا إلى أنها تمتاز بالوضوح وهي بعد تتعرض فروعاً مختلفة في الغلط إذا كانت تتحرك جميعاً في أن الغلط فيها مطلق . لعدم إنها تختلف في بقية الأحكام . فالغلط إذا كان مشتركاً بين البائع والمشتري كان البائع حراً البتة ولا يتعرض إلا إلى إبطال العقد ، أما إذا انفرد المشتري بالغلط والبائع إما أن يكون على علم بذلك ويكون سبباً في إبطال العقد بالتعويض وهذه حالة أدنى . لا تكون إلى التدليس ، وإنما أن يكون من السهل عليه أن يتبين غلط المشتري وقد يكون في الظروف في هذه الحالة ما يبرر اعتباره مقصراً أو الزامه بالتعويض بسبب هذا القصر » . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٤٠ - ص ١٥٤) .

(٢) بقاء القند مسجلاً هو كما قررنا على سبيل التعميم . إذ أن المقد هنا لم يبق على إرادة المتأخرين الخائب . لأن إرادة أحد غير صحيحة وهو يتسك بإبطال القند . بل قام القند على أساس معاملات عملية ترجح له استقرار العملات . وقد سبق أن أشرنا إلى =

لا علم له بالغلط وليس من السهل عليه أن يتبينه . أما إذا كان عالماً بالغلط وأنه هو الدافع إلى التعاقد فلا حق له في الشكوى من إبطال العقد لأنه يكون سوء النية . وإذا لم يكن عالماً بالغلط ولكن كان من السهل عليه أن يتبينه وأن يتبين أنه هو الدافع إلى التعاقد ، فلا حق له كذلك في الشكوى من إبطال العقد لأنه يكون مقصراً (١) . وبمخلص لنا من كل ذلك أن الغلط الجوهري لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا إذا كان غلطاً مشتركاً . أو كان غلطاً فردياً يعلمه المتعاقد الآخر أو يسهل عليه أن يتبينه .

فإذا تحددت نظرية الغلط على هذا النحو فإنها لا تتناقى مع استقرار التعامل ، ذلك لأن المتعاقد الذي وقع في الغلط لا يدع للمتعاقد الآخر سبيلاً للزعم بأنه فوجئ بطلب إبطال العقد . فقد ثبت (٢) أن هذا المتعاقد الآخر كان

= أمثلة أخرى من هذا النوع ، منها العقد الذي تخلف فيه الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة ، ومنها العقد الذي لا يقترن فيه القول بالإيجاب إلا حكماً ، ولا يقوى العقد في كل هذه الأحوال على توافق الإرادتين ، بل على الثقة المشروعة .

وواضح في كل ما قدمناه أن المقصود بالإرادة الإرادة الحقيقية لا الإرادة الظاهرة . ولو اعتدنا بالإرادة الظاهرة لقام العقد على توافق الإرادتين . ومن ثم يصح القول بأن القانون الجديد قد أخذ في الحالات المتقدمة الذكر بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة ، تحقيقاً لاستقرار التعامل .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الغلط الفردي كاف لإبطال العقد حتى لو لم يعلم به المتعاقد الآخر مادام أنه كان يستطيع أن يعلم به . فقد اصطلح سنديك تاجر مفلس على دين للفلس في ذمة إحدى الشركات ، وكان السنديك يجمل أن هذا الدين مضمون برهن ، ولو علم بذلك لما رضى بهذا الصلح . وثبت من جهة أخرى أن الشركة التي اصطلحت مع السنديك ، ولو أنها كانت لاتعلم بجمل السنديك بوجود الرهن ، إلا أنها كانت تستطيع أن تعلم ذلك من ظروف تعاملها مع هذا السنديك . فأبطلت المحكمة العقد للغلط (٣٠ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٢ ص ٢٥٠) .

(٢) والذي يدعى الوقوع في الغلط هو الذي ينهض بسببه الإثبات . وثبت وقوعه في الغلط وانصال التعاقد الآخر بذلك بجميع طرق الإثبات ، لأنه ثبت وقائع مادية . ومما يجعل هذا الإثبات عسيراً أن يكون الغلط الذي وقع فيه غلطاً لا يمدد من أجله ، فإن مثل هذا الغلط بعد أن يكون التعاقد الآخر قد علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه . ومن هنا وجد معيار آخر هو الغلط المغتفر (*erreur excusable*) والغلط غير المغتفر (*erreur inexcusable*) . فالغلط المغتفر يفرض فيه أن المتعاقد الآخر كان على الأقل يسهل عليه أن يتبينه . أما الغلط غير المغتفر فيفرض فيه أن التعاقد الآخر لم يكن من السهل عليه أن يتبينه إذ لا يتصور أن يقع أحد فيه . ويجوز إذن القول بأن الغلط إذا كان غير مغتفر كان هذا قرينة قضائية على جهل التعاقد الآخر به وعلى أنه لم يكن من السهل عليه أن يتبينه .

مشتركاً في الغلط ، أو كان يعلم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه . وهو في الأولى حسن النية ولكن مقتضى حسن نيته أن يسلم بإبطال العقد ، وهو في الثانية سوء النية والإبطال جزاء لسوء نيته ، وهو في الثالثة مقصر وتعويض التقصير الإبطال (١) .

وغنى عن البيان أننا إذا اشترطنا أن يكون المتعاقد الآخر متصلاً بالغلط

(١) هذا وقد رأينا أن المادة ١٦٧ من المشروع التيهدي كانت تنص على حالة رابعة أغفلها المشروع النهائي لأنهم استدرج في الحالات الأخرى ، وهي حالة ما إذا كان المتعاقد الآخر ، ولو لم يرتكب خطأ ، قد جبر المتعاقد الأول بموقفه إلى الوقوع في الغلط .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التيهدي ما يأتي : « كان من واجب المشرع أن يقطع برأى معين في مسألة المفاضلة بين اشتراط الغلط المشترك ، وهو مما يقوم بذهن القادين معاً ، والاجتزاء بالغلط الفردي . وقد اكتفى المشروع بالغلط الفردي بوجه عام . بيد أنه اشترط لترتيب حكم الغلط عند عدم اشتراك طرفي التعاقد فيه ، أن يكون أحدهما قد جبر الآخر إليه بموقفه ، أو أن يكون عالماً بموقعه ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه . ويلاحظ أن المتعاقد الآخر في هذه الفروض الثلاثة يسبب إليه أمر يرتب مشؤنيته ، وهذا ما يبرر طلب البطلان . أنا إذا بقي بمنزلة عن ظروف الغلط ، بأن وقت موقعاً لا يجر إلى الوقوع فيه أو امتنع عليه العلم به أو يتبينه ، فلا يجوز التسليم ببطلان العقد إلا إذا سلم بوجود تعويض هذا التعاقد ، عملاً بنظرية الخطأ في تكوين العقد ، وهذا هو ما اتبته التقنين الألماني ... ما المشروع قد ذهب إلى ما هو أبسر من ذلك ، فبدلاً من أن يغول من وقع في الغلط حق التمسك بالبطلان ، ثم يلزمه في ذات الوقت بتعويض ما يصيب المتعاقد الآخر من خسارة ، جعل للعقد حكم الصحة وهياً بذلك أجدى تعويض لهذا المتعاقد . وليس هذا إلا تطبيقاً تشريعياً خاصاً لنظرية الخطأ في تكوين العقد ... هذا وينبغي التنويه بأمرين : (أولهما) أن الغلط الذي يبرر لإبطال العقد ، وهو ما يشترك فيه المتعاقدان ، أو يتسبب فيه أحدهما ، أو يعلم به ، أو يكون في مقدوره أن يعلم به ، قد ياقب اصطلاحاً « بالغلط المتغير » . ويصبح الغلط « غير متغير » ، ولا يؤدي بذلك إلى إبطال العقد ، إذا وقع فيه أحد المتعاقدين دون أن يشاركه فيه التعاقد الآخر ، أو يجره إليه ، أو يعلم به ، أو يستطيع العلم به . (والثاني) أنه لا يقصد بهام العرف الآخر بالغلط تبينه واقعة الغلط حسب ، بل ووقوعه على أن هذا الغلط كان دافعاً إلى إبراء العقد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٤٢ - ص ١٤٣) .

هذا ويلاحظ أن القانون الجديد ، باشتراطه اتصال المتعاقد الآخر بالغلط ، وباتخاذة قرائن موضوعية لإثبات الغلط في ذاته ، قد تخفف من الرعة النفسية المفرقة التي تميز نظرية الغلط في المدرسة اللاتينية . وقد يرى بعض أنصار هذه المدرسة في هذا ابتعاداً عن التقاليد اللاتينية ، ولكنه امتداد تبرره الرغبة في استقرار التعامل ، وهو على كل حال ليس ابتعاداً عن تقاليد الفقه والقضاء في مصر . والصلة ظاهرة بين القرائن الموضوعية التي ثبتت الغلط وبين اتصال المتعاقد الآخر بالغلط . فإن هذه القرائن الموضوعية كثيراً ما تثبت الغلط وتثبت اتصال المتعاقد الآخر به في وقت واحد .

على النحو المتقدم . فإن ذلك يعنى أن يكون على بينة أيضاً من أن هذا الغلط الجوهري هو الدافع إلى التعاقد كما سبق القول (١) .

ويتبين مما قدمناه أنه لا تبقى إلا حالة واحدة لا يكفى فيها الغلط الفردى لإبطال العقد . هي ألا يتمكن التعاقد الذى وقع فى الغلط من إثبات أن

(١) أنظر فى هذا المعنى الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١٩٠ . هذا، وحتى يتيسر التعاقد الذى وقع فى الغلط أن يثبت ما يجب عليه إثباته، يلجأ فى أكثر الأحيان إلى أن يبين فى العقد صراحة ما دام فى ذهنه من الاعتبارات التى دفعته إلى التعاقد ، كأن يذكر الوصف الذى اعتبره فى الشيء أو فى الشخص أو البائع الذى حمله على أن يتعاقد أو القيمة التى يقدرها للشيء ، حتى يثبت بذلك علم التعاقد الآخر بالذوائع التى ساقته إلى التعاقد ، فإذا تبين بعد ذلك أنه كان وأما فيما قدره ثبت فى الوقت ذاته أن التعاقد الآخر كان عالماً بما وقع فيه من الغلط . والقضاء الفرنسى يلجأ فى كثير من أحوال الغلط إلى الاستناد إلى أن الشيء الذى وقع فيه الغلط كان محل بيان فى العقد .

ونص القانون الجديد واضح فى أن المطلوب لإثباته هو أن يكون التعاقد الآخر واقعاً فى ذت الغلط الجوهري الذى وقع فيه التعاقد الأول ، أو أن يكون على علم بهذا الغلط الجوهري أى على علم بأن الغلط كان هو الدافع إلى التعاقد ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبين أن هذا الغلط الجوهري هو الذى ساق إلى إبرام العقد . وهذا معناه أن الغلط الجوهري يجب أن يقع فى دائرة التعاقد (dans le champs contractuel) . وكان من الممكن أن يتف القانون عند هذا الضابط الأخير (أنظر الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١٩٠) ، لولا أن الحالات الثلاث التى فصلها النص يحسن تمييز كل حالة منها عن الأخرى لأهمية ذلك من الناحيتين العملية والقانونية .

أما الناحية العملية فأمرها ظاهر ، إذ التفصيل يرسم فى " من صورة عملية من هذا الضابط . فلو اقتصر القانون على أن يذكر أن الغلط الجوهري يجب أن يقع فى دائرة التعاقد لاحتاج النص إلى بيان وتفسير ، ولا يتم التفسير إلا بتفصيل هذه الحالات الثلاث ، ولعلاب النص فوق ذلك أن تكون صيغته أدق إلى الفقه النظري منها إلى النشر العملي .

وأما الناحية القانونية فتستلزم تفصيل الحالات الثلاث لأن أحكامها ليست واحدة . فالحالة الأولى ، وهى حالة الغلط المشترك ، لا محل فيها للتعويض على التعاقد الذى وقع فى الغلط . وبعبارة أخرى بطل العقد ، ما دام التعاقد الآخر كان مثله واقعاً فى الغلط أى كان حسن النية . أما الحالتان الأخريان — وهما حالة علم التعاقد الآخر بالغلط وحالة سهو تبيينه للغلط — فقد يكون فيهما محل للتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء سوء نية التعاقد الآخر فى حالة علمه بالغلط ، أو من جراء تقصيره فى حالة ما إذا كان من السهل عليه أن يتبين الغلط . (أنظر بلانول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٨٩) ، والتعويض أقرب مثلاً فى الحالة الثانية منه فى الحالة الثالثة .

المتعاقد الآخر كان مشتركاً في هذا الغلط أو كان يعلم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه (١) .

١٧٧ - تطبيق الغلط الذي يتصل به المتعاقد الآخر على أموال

الغلط المختلف: ويحسن أن تطبق نظرية الغلط الذي يتصل به المتعاقد على أحوال الغلط المختلفة - الغلط في الشيء والغلط في الشخص والغلط في القيمة والغلط في الباعث - حتى تبين أن هذه النظرية تكفل استقرار التعامل على نحو مرضى .

فإذا كان الغلط في الشيء ، وكان في صفة اعتبرها أحد المتعاقدين ولتكن مثلاً أن الشيء الذي اشتراه أخرى ، وجب على المشتري إذا طلب إبطال العقد أن يثبت أن الشيء الذي ظنه أثرياً ليس إلا مجرد تقليد وأنه لم يكن ليشتريه لو كان قد علم بحقيقته . ثم يثبت إلى جانب ذلك أن البائع كان

(١) ومن ذلك يتبين أن محكمة استئناف مصر كان في استطاعتها أن تلجأ إلى هذا المبدأ لتبرير حكم أصدرته على الوجه الآتي : « إذا باع شخص عقاراً لتسديد دين مورثه ، وظهر له بعد ذلك أنه ليس مديناً ، فلا يجوز له أن يرفع دعوى بطلان البيع للغلط لأنه كان يجمل براءة مورثه من الدين ، وذلك لأن الغلط في هذه الحالة يكون في الباعث له على التعاقد لا في سببه . والغلط في الباعث لا أثر له في صحة العقد أخذاً بالنظرية التقليدية للغلط الذي يبيح الإرادة . أما إذا أخذ بما استحدثته الفقه والقضاء من أن الغلط المؤثر في صحة العقد هو اخلال في الدافع الرئيسي للتعاقد ، ومن ثم لا يعود هناك محل للفرقة بين السبب والباعث ، فإنه إذا تبين من ظروف الأحوال أن الدائن قد خاسم هذا الوارث بعد وفاة المورث من أجل هذا الدين ، وأنه أخذ في تسديد الدين فلا ، وأنه في سبيل هذا التسديد باع عقاره أخيراً لئلا يسد ما اعتقد أنه باق من الدين في ذمته ، دون أن يتي بتعقيق هذه المسألة ومحاسبة الدائن ، وكأنه قبل التعاقد وهو في دخيلة نفسه يتحمل تبعه ما يتجلى عنه الواقع ، في هذه الصورة لا يعتبر العقد باطلا للغلط إذا أخطأ الواقع ظنه ، لأن الواقع لم يخالف إرادته العقلية بل هو خيب مجرد الأمل الذي يجوز في خاطره دون أن يرقى إلى منطقة الإرادة » (٥ ديسمبر سنة ١٩٤٥ الهلمامة ٢٥ رقم ١٠٤ من ١٥٠) . ولو أن المحكمة قالت إن المشتري من الوارث لم يشترك في هذا الغلط الدافع ولم يعلم به ولم يكن من السهل عليه أن يتبينه لوصلت إلى عين النتيجة عن طريق قانون سليم . أما محكمة الاستئناف المختلطة فكانت أكثر توفيقاً في إبراز المعنى الصحيح حين قالت : « لا يجوز للقضاء أن يبطل عقداً لمجرد أن أحد المتعاقدين قد وقع في غلط ما دام للمتعاقد الآخر كان حسن النية وكان يجمل هذا الغلط ولم يكن واجباً عليه أن يتحقق من وجوده » (أول يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ من ١٧١ ، وانظر حكماً آخر من محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٤ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ من ١٢٦) .

يظن مثله أن الشيء أثري وأن هذه الصفة هي التي دفعت المشتري إلى الشراء ، أو يثبت أن البائع كان على بينة من أن الشيء غير أثري وكان مع ذلك يعلم ، أو من السهل عليه أن يعلم ، أن المشتري إنما انساق إلى الشراء لأنه كان يظن أن الشيء أثري . وإثبات كل ذلك يكون يسيراً لو عني المشتري وقت التعاقد أن يبين أنه إنما يشتري الشيء لأنه أثري . فإذا هو لم يبين ذلك فقد يتيسر الإثبات من القرائن والظروف ، كارتفاع الثمن إلى درجة لا تجعل قيمة الشيء المقلد متناسبة بتأماً مع هذا الثمن ، وكالمهنة التي اتخذها البائع لنفسه إذا فرض أن هذا البائع مهنته الاتجار في الأشياء الأثرية .

وإذا كان الغلط في الشخص ، كمن يهب لآخر مالا وهو يعتقد أنه ابن له غير شرعي ثم يظهر عدم صحة ذلك ، فللواهب أن يطلب إبطال الهبة للغلط ، ولكن يجب عليه أن يثبت إلى جانب الغلط الدافع أحد أمرين : إما أن الموهوب له كان يشاطر الواهب الاعتقاد بأنه ابن غير شرعي له وأن هذا كان هو الدافع إلى الهبة . وإما أن الموهوب له مع علمه بأنه ليس ابن الواهب كان يعلم . أو يسهل عليه أن يعلم . بالوهم الذي قام في ذهن الواهب وأن هذا الوهم هو الذي دفعه إلى التبرع .

وإذا كان الغلط في القيمة . كما إذا باع شخص لآخر سهماً بقيمة الفعلية وهو لا يعلم أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة . استطاع البائع أن يطلب إبطال البيع للغلط . ولكن عليه أن يثبت أن المشتري كان يجهل مثله أن السهم قد ربح الجائزة . أو أن هذا المشتري مع علمه بربح الجائزة كان يعلم . أو يسهل عليه أن يعلم . يجهل البائع لذلك . ولا شك في أن مجرد بيع السهم بقيمة الفعلية دون حساب للجائزة كاف وحده ليكون قرينة على أن المشتري كان إما مشتركاً في الغلط . وإما عالماً به ، وإما على الأقل كان من السهل عليه أن يتبينه .

وإذا كان الغلط في الباعث ، كما إذا باع مريض شيئاً وهو يعتقد أنه في مرض الموت ثم شفي . كان للبائع في هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع للغلط إذا هو أثبت أن المشتري كان يعتقد هو أيضاً أن البائع في مرض الموت . أو أن المشتري يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، أن البائع كان يعتقد أنه في

في مرض الموت وأن هذا الاعتقاد هو الذي دفع المريض إلى البيع . وقد تقوم تفاهة الثمن مع خطورة المرض قرينة على ذلك .

ويتضح من التطبيقات المتقدمة أن القول بالغلط الفردي لا يصطدم مع استقرار التعامل متى روعيت قواعد الإثبات التي بينهاها .

١٧٨- التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية: وقد اشتمل

القانون الجديد على نص من شأنه أن يخفف من حدة الطابع الذاتي في الغلط . فقضت المادة ١٢٤ بما يأتي : ١٥ - ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية . ٢ - ويبنى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد (١) .

ويتبين من هذا النص أن أي تمسك بالغلط ، إذا تعارض مع حسن النية ، يكون غير جائز . فإذا اشترى شخص أرضاً وهو يعتقد أنها منفذة إلى الطريق العام ، ثم يتضح أنها مشعورة . فيعرض عليه البائع التنازل التي ينقضها حصوله على حق المرور إلى الطريق العام مما يحقق له كل الأغراض التي قصد إليها ، فيأبى إلا بإبطال البيع ، جاز أن يكون التمسك بالغلط في هذه الحالة متعارضاً مع ما يقضى به حسن النية ، فلا يجاب المشتري إلى طلبه . ويمكن اعتبار هذا الحكم تطبيقاً من تطبيقات نظرية التعسف في استعمال الحق

وقد أورد الشق الثاني من النص تطبيقاً من أهم تطبيقات هذا المبدأ . فقضى بأن المتعاقد الذي وقع في الغلط يبقى ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد . فإذا باع شخص سهماً بقيمته الفعلية ، وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة . يبيع مع

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص كما هو في المادة ١٧١ من المشروع التمهيدي . وأقرته

لجنة المراجعة ، وأصبح رقم المادة ١٢٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وقررت أغلبية لجنة القانون المدرج بمجلس الشيوخ استبقاء النص دون تعديل ، وأصبح رقم المادة ١٢٤ . وتبين من مناقشات هذه اللجنة أن النص يعتبر تطبيقاً لنظرية التعسف في استعمال الحق . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٦٦ - ١٧٠) . وانظر المادة ٢٥ من قانون الالتزامات والسري والمادة ٣٨ من قانون الالتزامات البولوني . وانظر أيضاً حكم محكمة الاستئناف المحظطة في ٣ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٢٤ .

ذلك ملزماً بالبيع إذا نزل له المشتري عن هذه الجائزة . وإذا تعاقد شخص مع قاصر وهو يعتقد أنه بلغ سن الرشد ، فليس له أن يتمسك بالغلط إذا أجاز الوصي العقد . وإذا اشترى شخص شيئاً وهو يعتقد أنه أثنى ، فإنه يظل مرتبطاً بالعقد إذا عرض البائع أن يعطيه الشيء الأثنى الذي قصد شراءه (١) .

٢٤ - التدليس (*)

(Le dol)

١٧٩ - **تعريف التدليس بالغلط:** التدليس هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد . فالعلاقة إن وثيقة ما بين التدليس والغلط .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في صدد المادة ١٢٤ ما يأتي : « أبيع لمن وقع في الغلط أن يطلب بطلان العقد لأنه ما كان ليعاقد لو أنه تبين وجه الأمور وقدرها تقديراً معقولاً . تلك هي غلة حق التمسك بالبطلان ، وهي بذاتها مرجع حدوده . فني كان من المحقق أن العاقد قد أراد أن يبرم عقداً ، فن الواجب أن يلتزم بهذا العقد ، بصرف النظر عن الغلط ، ما دام أن العاقد الآخر قد أظهر استعداده لتنفيذه . وعلى ذلك يظل من يشترى شيئاً ، معتقداً خطأ أن له قيمة أثرية ، مرتبطاً بعقد البيع ، إذا عرض البائع استعداده لأن يسلمه نفس الشيء الذي انصرفت به إلى شرائه . ويقارب هذا الوضع ما يتبع في تحويل العقود كما سيأتي بيان ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٦٧) . وسنرى عند الكلام في تحول العقد إلى أي حد يقارب الوضمان انشمار إليهما في المذكرة الإيضاحية وإلى أي حد يختلفان . (*) بعض المراجع : مقال بلانيون في المجلة الانتدابية سنة ١٨٩٣ ص ٤٤٥ - سالي في

إعلان الإرادة ص ٥٠ وما بعدها - ديوج ١ نفرة ٣٣٨ وما بعدها - بلانيون وريبير وإسمان ١ نفرة ١٩٩ وما بعدها - رسالة دريفيس (Dreyfus) في التدليس المدني والجائز باريس سنة ١٩٠٧ - رسالة الدكتور يحيى تاج الدين في التدليس وفي التصوير غير الصحيح ليون سنة ١٩٢٦ - رسالة جاي (Gay) في التأثير غير المشروع في القوانين الأنجلو-كسوية ديوجون سنة ١٩٢٧ - رسالة جورف (Gorphe) في مبدأ حسن النية باريس سنة ١٩٢٨ - أجاستين (Agalstein) في التدليس والغش من ناقص الأهلية باريس سنة ١٩٢٨ - كوهين (Cohin) في السكنان الحاطي باريس سنة ١٩٢٩ - رسالة بيران (Perrin) في التدليس في تكوين الأعمال القانونية باريس سنة ١٩٣١ - برجيه - فاشون (Borger-Vachon) في تدليس ناقص الأهلية في تكوين العقود وفي تنفيذها المجلة الانتدابية سنة ١٩٣١ ص ٤٦٧ - رسالة فون (Vonen) في حسن النية بوردو سنة ١٩٣٩ - والتون ١٦٧ وما بعدها - نظرية لعقد المؤلف نفرة ٣٧٥ وما بعدها - الدكتور حلمي بهجت بدوي نفرة ١٢٥ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبو سنيت نفرة ١٦٧ وما بعدها .

والتدليس لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا للغلط الذي يولده في نفس المتعاقد .
والتدليس بهذا التحديد يختلف عن الغش (fraude) ، لأن التدليس إنما يكون في أثناء تكوين العقد ، أما الغش فقد يقع بعد تكوين العقد ، أو يقع خارجاً عن دائرة العقد . كذلك يختلف التدليس المدني (dol civil) عن التدليس الجنائي (dol pénal) وهو النصب (escroquerie) بأن الطرق الاحتمالية في النصب عنصر مستقل قائم بذاته . وتكون عادة أشد جسامة من الطرق الاحتمالية المستعملة في التدليس المدني كما سرى (١) .

ولما كان التدليس يؤدي إلى الغلط ويختلط به كما قدمنا ، فنبدأ بتحديد عناصر التدليس ، ثم نبين أن نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس .

١ - عناصر التدليس

١٨٠ - **عصرانه** : تنص المادة ١٢٥ من القانون الجديد على أنه

« ١ - يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الخيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد . ٢ - يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة (٢) » . وهذه المادة

(١) أنظر في التمييز بين التدليس المدني والتدليس الجنائي حكم محكمة الاستئناف المختلطة في ٨ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٢ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٧٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

« ١٥ - يكون التدليس سبباً في بطلان العقد إذا كانت الخيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين ، أو شخص ينوب عنه ، أو أجنبي اشترك معه في هذه الخيل ، من الجسامة بحيث لولاها لم يبرم الطرف الثاني العقد . ٢ - يعتبر سكوت أحد المتعاقدين عمداً عن واقعة أو ملابسة يجعلها التعاقد الآخر سكوتاً تدليسياً إذا ثبت أن العقد ما كان ليم لو علم هذا التعاقد بهذه الواقعة أو تلك الملابسة » . وفي لجنة المراجعة تمّ تعديل عبارة « أو أجنبي اشترك معه فيه » من الفقرة الأولى لأن حكمها مستفاد من المادة التالية ، وتقرر إعادة صياغة المادة بفقرتها بحيث أصبحت مطابقة لنص القانون الجديد . وأصبح رقم المادة ١٢٩ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة بعد استبدال عبارة « لما أبرم » في الفقرة الأولى بعبارة « لم يبرم » ووافقت لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ على المادة دون تعديل ، وأصبح رقمها ١٢٥ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧١ - ١٧٤) . وأنظر المادة ٢١ من المشروع الفرنسي للإبطال ، والمادتين ٥٦/٥٢ من التقنين التونسي والمراكشي ، والمادة ٩٤ من التقنين البرازيلي .

تقابل المادتين ١٣٦/١٩٦ من القانون القديم اللتين جرتا على الوجه الآتي :

« التدليس موجب لعدم صحة الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مرتباً على الخيل المستعملة له من التعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى ». ولا فرق ما بين القانونين الجديد والقديم إلا في ناحية الصياغة والأسلوب وفي النص صراحة في القانون الجديد على التدليس السلي .

وتنص المادة ١٢٦ من القانون الجديد على أنه « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس (١) ». وهذا النص لا مقابل له في القانون القديم . وقد حسم إشكالا كان قائماً منفصلة فيما بعد .

ويستخلص من هذه النصوص أن للتدليس عنصرين (٢) : ١ - استعمال طرق احتيائية . وهذا هو العنصر الموضوعي . ٢ - تحمل على التعاقد ، وهذا هو العنصر النفسي . وهذان العنصران كافيان . ولا أهمية بعد ذلك لما إذا كان التدليس قد صدر من أحد المتعاقدين أو من الغير (٣) .

(١) أطر المادة ٢٠٩ من قانون الالتزامات اللبناني . وانظر تاريخ النص فيما يلي (مادة ١٨٤) .

(٢) والذي يطلب من المتعاقدين إبطال العقد للتدليس هو الذي يحمل عبء إثبات هذا التدليس عنصرية . ويثبت ذلك بجميع طرق الإثبات . بما في ذلك البينة والقرائن ، حتى لو كان العقد المعلنون به بالتدليس مكتوباً لأن التدليس واقعة مادية (استئناف معتل في ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٩ - محكمة بي سوف الجزئية في : نوفمبر سنة ١٨٩٩ المحاكم ١١ ص ٢١٧٧) .

ووقع التدليس مسألة موضوعية ، لتأضي الموضوع فيها الرأي النهائي . ولكن الوصف القانوني لوقائع التدليس مسألة قانونية تخضع الرقابة محكمة النص ، وذلك كالتي فيما إذا كان مجرد الكذب أو الكتمان يكفي للتدليس ، وفيما إذا كان التدليس الصادر من الغير يؤثر في العقد (شس مدني في ١٨ . أيار سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٣ ص ٢١ - وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٧ ص ١٠٤٩) .

(٣) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية لمشروع التبيدي في صدد المادتين ١٢٥ و ١٢٦ ما يأتي : « يشترط في التدليس إذا صدر من أحد المتعاقدين ، سواء أصدر من التعاقد نفسه أم من نائبه أم من نائبه له ، أن يتطوى على خيل . بيد أن هذه الخيل تختلف عن سببها في النص الحائز ، إذ يكفي فيها مجرد الامتناع من حاب التعاقد . كالكتمان عمداً عن واقعة جهرية تحجب العقد الآخر . والواقع أنه ليس تارة يطالبون بتدليس المدني والتدليس =

١٨١ - استعمال طرق احتمالية : الفرق الاحتمالية تنطوي على جانبين :

جانب مادي هو الطرق المادية التي تستعمل للتأثير في إرادة الغير ، وجانب معنوي هو نية التفصيل للوصول إلى غرض غير مشروع .

فالطرق المادية لا تقتصر عادة على مجرد الكذب ، بل كثيراً ما يصحب الكذب أعمال مادية تدعمه لإخفاء الحقيقة عن المتعاقد ، ويجب أن تكون هذه الأعمال كافية للتفصيل حسب حالة كل متعاقد ، فالمعيار هنا ذاتي . والأمثلة كثيرة : فهناك شركات وجمعيات تتخذ لها من مظاهر الإعلان ما لا يتفق مع حقيقةها لتخدع الناس في أمرها . وهناك أفراد يظهرون بمظهر اليسار والسعة أو يتخذون لأنفسهم صفات متحلة . وهناك من يخفي المستندات ، ومن يصطنعها ، ومن يزور فيها ، حتى يحمل الغير على التعاقد معه على الوجه الذي يريد (١) . ولا يكفي مجرد المبالغة في القول ولو وصلت المبالغة إلى حد الكذب ما دام أن ذلك مألوف في التعامل . كالتاجر بروج لضاعته فينتحل لها أحسن الأوصاف (٢) .

على أنه لا يشترط في التدليس المدني أن تكون الطرق الاحتمالية مستقلة عن الكذب ، قائمة بذاتها . كما يشترط ذلك في النصب الجنائي . ففي

= الجنائي . ومما يكن من أمر ، ليس ينبغي أن يحد في تقدير التدليس بما يرسل فيه المتعاقد من آراء بشأن ما للتعاقد من مزايا أو عيوب ، متى كانت هذه الآراء من قبيل الاعتبارات العامة المجردة عن الضغط والتخصيص (أنظر المادة ٦٦٧ من القانون) . ويشترط كذلك أن تكون الخيل التي تقدمت الإشارة إليها قد دعت من صل بها إلى التعاقد . ومناطق تقدير في هذا الصدد هي أو ذات ، كما هي الحال بالنسبة لعيوب الرضاء جماعاً . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٢) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الجمعية التي تتخذ لها مظاهر من الإعلان توهم أن أعضائها مسؤولون شخصياً عن التزاماتها ترتكب تدليلاً يصل التعاقد الذي يتم بينها وبين الغير (٣ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٣٣) . ويكون باطلاً للتدليس عقد التأمين الذي يتقدم فيه شخص آخر غير المؤمن له للكشف الطبي (استئناف مختلط في ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٩٠) . وإذا أظهر الدأش ما من شأنه إيهام التكليف بقيام الذين يتعهدانه بخد الكفيل كعاقبته تحت تأثير هذا الإيهام ، والتحديد قابل للإبطال (محكمة الاستئناف الوطنية في ٣٠ مارس سنة ١٩٢٣ المقتوي ٨ ص ٧٥ - أنظر حكماً آخر لهذه المحكمة في ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٢ الحاماة ٣ ص ٢٢) . وانظر نظرية العقد للمؤلف ص ٣٩٣ حاشية رقم ١ .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩٠ ص ٢٦٣ - وفي ٨ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٣٨٠ ص ٤٨ .

بعض الأحوال يكفى الكذب ذاته طريقاً احتيالياً فى التدليس (١). فالهم إذن فى الطرق الاحتيالية ليس أنها طرق مستقلة تقوم بذاتها لتسد الكذب ، بل أن يكون المدلس قد ألبس على المتعاقد وجه الحق فحمّله على التعاقد تفضيلاً ، واختار الطريق الذى يصلح لهذا الغرض بالنسبة إلى هذا المتعاقد . فمن الناس من يصعب التدليس عليه فتتصب له حباثل معتدة . ومنهم من يسهل غشه فيكتفى فى التدليس عليه بمجرد الكذب (٢) .

بل قد يكون التدليس عملاً سلبياً محضاً . فيكتفى بمجرد "الكتمان" (réticence) طريقاً احتيالياً . والأصل أن الكتمان لا يكون تدليساً ، إلا أن هناك أحوالاً يكون فيها أمر من الأمور واجب البيان . فيلزم المتعاقد الذى يعلم هذا الأمر بالإفشاء به . وبعد تدليساً منه أن يكتمه . وتارة يكون الالتزام بالإفشاء

(١) وقد قضت محكمة مصر الكلية الوضعية بأن التأكيدات غير الصحيحة التى تصدر من أحد المتعاقدين ويكون لها على الطرف الآخر التأثير الذى يحمله على قبول التعاقد من شأنها أن تجعل العقد قابلاً للإبطال متى ثبت أنه لولا هذه التأكيدات لم حصل الرضاء (٢٥) يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص (٢٨١) . وقضت محكمة أسبوط نسكية بأن كسب بالتجسس للحصول على عمل بإعطاء بيانات غير صحيحة عن كفاية الطالب وخمسة السابقة من شأنه أن يؤثر التأثير السكافي فى رضاء من تم التعاقد معه على العمل ، ولذلك يكون العقد قابلاً للإبطال (٢٩ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٥٥٥) .

(٢) على أن الأصل هو أن مجرد الكذب لا يكفى للتدليس ما لم يبين بوضوح أن التعاقد المخلوع لم يكن يستطع استجلاء الحقيقة بالزعم من هذا الكذب ، فإذا كان يستطيع ذلك فلا تدليس (محكمة الاستئناف المختلفة فى ٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٦٣ - وفى ٩ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٨٤ - وفى ٨ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٥٨ - محكمة الشيا الجزئية فى ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٥ ص ٢٦٧) . ولاحظ أنه كثيراً ما يعتبر إعطاء بيانات كاذبة لفرقة التأمين تدليساً يعطل العقد . كما إذا ذكر المؤمن له وهو بخار أنه مزارع فيخفى بذلك عن الشركة الأخطار التى تنجم عن مهنته (محكمة الاستئناف المختلفة فى ٢٨ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣١٦) ، وكما إذا ذكر المؤمن له بيانات كاذبة عن تاريخ صبح السيارة المؤمن عليها وتاريخ شرائها (محكمة الاستئناف المختلفة فى ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٢٥) . وتعتبر المبالغة عن سوء نية فى قيمة الشيء المؤمن عليه أو فى مقدار الضرر الحاصل تدليساً (محكمة الاستئناف المختلفة فى ٢٥ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٦٥ - وفى ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٢٠ ص ٧٩ - وفى ٢ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٣ - وفى ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٥) . أما المبالغة عن حسن نية فلا تكون تدليساً بشرط ألا يصر عليها المؤمن له بعد أن تبين حقيقة كماله إذا أخفى المؤمن له نفسه وذكر اسم شخص آخر ، فإن هذا تبين السكاف . كذلك إذا أخفى المؤمن له نفسه وذكر اسم شخص آخر ، فإن هذا تبين السكاف . (محكمة الاستئناف المختلفة فى ٢٥ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٦٩ - وفى ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٥) .

مصدره نص في القانون (١) . وطوراً يكون مصدره الاتفاق الصريح . ولكن في كثير من الأحيان يكون المصدر هو هذه القاعدة القانونية العامة التي تقضى بعدم جواز الغش . وذلك بأن يستخلص من الظروف أن أمراً هاماً يؤثر في التعاقد إلى درجة كبيرة ، ويدرك أحد المتعاقدين خطره ، ويعرف أن المتعاقد الآخر يجمله . ومع ذلك يكتمه عنه ، فيحمله بذلك على التعاقد (٢) . وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٢٥ إذ قضت

(١) أنظر مثلاً المادة ٧٦٤ من القانون المدني الجديد في التأمين على الحياة .
(٢) مثل ذلك أن يصنع وارث مع مدين للتركة ، ويكتفى الوارث بأخذ جزء من الدين وهو يجمل أن هناك تأمناً يضمن الدين كله ، ويعلم المدين جبل الوارث بذلك فيحكم عنه أمر الضمان حتى يحمله على هذا الصلح . وكأن يبيع شخص آخر منزلاً ويحكم عنه أن هذا المنزل قد شرع في نزع ملكيته للنفقة العامة . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بائع العقار إذا كتم عن المشتري أن هذا العقار مستحق كلاً أو جزئياً وهو يعلم بذلك ، أو أخفى عنه ما يتقل العقار من الحقوق ، كان هذا تدليلاً (١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ من ٢٢٧) . ولكن مجرد علم البائع أن دعوى استحقاق قد رفعت ضده ، فلا يغير المشتري بذلك دون أن تكون عنده نية التدليس . بل وهو صحيح الاعتقاد بملكه وملكه من بعه ، لا يعد تدليلاً ، وبهذا قضت محكمة النقض وقالت في أسباب حكمها ما يأتي : « وحيث إنه حتى إذا أخذ في مثل صورة الدعوى بالتدليس السلي ، واعتبر المدعى عالماً بدعوى الاستحقاق ، واستنتج علمه من وصول إعلان الدعوى المختلطة إليه في حينه وقبل تحرير العقد الابتدائي فإن ما جاء على لسان البائع من أن المبيع خال من جميع الرهون والحقوق العينية كانت ... وما جاء به من أنه مكلف بتقديم مستندات التملك قبل العقد النهائي ومن قيام البائع تسليم عقد البيع الرسمي الصادر له من البائعين وكشوف خلو العين المبيعة من التصرفات على ما سبق تفصيله بصدور هذا الحكم — ما جاء من ذلك يدل على أن البائع كان صحيح الاعتقاد بملكه وملكه من باع له ، وأنه ليس في حاجة إلى أن يخدع المشتري بكتمان دعوى الاستحقاق أمام المحكمة المختلطة لأن الملك على كل حال هو من ضمانه وضمان بائعه ، فإذا استحق عليه أو على المشتري منه كان لما عند ذلك أن ترفع دعوى الضمان فسخاً للبيع وإلزاماً له بالتأمينات » (قض مدني في ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ١ رقم ٣٢٧ من ١٠٤٩) .

وقضت محكمة النقض بأنه إذا تعاقد شخص مع شركة تأمين على التأمين عن البضائع الموجودة بحمله من السرقة ، وقرر كذباً في إجابته عن الأسئلة المدونة في طلب التأمين أنه يقيم مشترياته ومبيعاته في سجل خاص وأنه يحتفظ بقائمة جرد بضاعته . وكان منصوباً في وثيقة التأمين على بطلان عقد التأمين إذا كان ما قرره طالب التأمين غير صحيح ، ثم استخلص الحكم استخلاصاً سائفاً أن البيانات المشار إليها هي بيانات جوهرية ذات أثر في تكوين التعاقد ، ورتب على عدم صحتها سقوط حق المؤمن له في مبلغ التأمين إعمالاً لنص العقد ، فإنه لا يكون خطأ في تطبيق القانون . ولا يغير من ذلك أن البيان الكاذب لم يكن له دخل في وقوع الخطر الذي حصل من أجله التأمين (قض مدني ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ بمجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٨ =

بأن «يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة». ومن ذلك نرى أن السكتان يكون تدليساً إذا توافرت الشروط الآتية في الأمر الذي يبنى مكتوماً : (١) أن يكون هذا الأمر خطيراً بحيث يؤثر في إرادة المتعاقدين الذي يحمله تأثيراً جوهرياً ، (٢) أن يعرفه المتعاقدين الآخر ويعرف خطره ، (٣) أن يعتمد كتمه عن المتعاقدين الأول ، (٤) ألا يعرفه المتعاقدين الأول أو يستطيع أن يعرفه من طريق آخر (١). وأكثر ما يكون السكتان تدليساً

== ٧٥٦ - ملاحظة : تنص المادة ٧٥٠ من القانون المدني الجديد على بطلان كل شرط مسمى يرد في وثيقة التأمين ، ويتبين أنه لم يكن لمخالفة أثر في وقوع الحادث المؤمن منه . ولكن محكمة النقض قضت من جهة أخرى بأنه إذا أبطلت المحكمة التعاقد على التأمين تأسيساً على أن تقرير المؤمن له أن لديه دفاتر منتظمة لفيد مشترياته ومبيعاته وقائمة لجرد البضاعة يرجعها بانتظام لم يكن صحيحاً ، وأن الدفتر الذي ظهر أنه يعنيه غير باعث على الاطمئنان لعدم انتظامه ووجود شطب فيه ، وأن تقريره هذا كان في خصوص أمر جوهري لتعلقه بسجل هو المرجع الرئيسي لتعيين ما على شركة التأمين أن تؤدي إليه في حالة وقوع الخطر المؤمن منه ، فهذا منها قصور في تسبب حكمها ، إذ أن عدم انتظام القيد في الدفتر لا يؤدي عقلاً إلى القول بكذب التقرير بوجود دفاتر ، بل كل ما يترتب عليه هو التأثير في قوة الدفتر كأداة إثبات . وإذا أن المحكمة حين اعتبرت البيان عن السجل وقائمة الجرد جوهرياً لتعلقه بإثبات الضرر الذي يلحق المؤمن له من وقوع الخطر المؤمن منه وأنه يحدد فيما بين المصادقين طريقة إثباته ، لم تبين ذلك على اعتبارات من شأنها أن تبرره ، وخصوصاً أن عبء إثبات الضرر يقع دائماً على المؤمن له دون الشركة المؤمنة ، مما مفاده أن تعلق ذلك البيان بالإثبات ليس من شأنه أن يفيد أنه جوهري له (نقض مدني في ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٦ ص ١٧٢).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد السكتان لا يبلغ أن يكون تدليساً ما لم يقترب بحيلة غير مشروعة (نقض مدني في ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٩ ص ٥٩) . وقضت محكمة استئناف أسبوط بأن مجرد السكتان لا يكفي اعتباره غشاً وتدليساً ما دام الأمر الذي تعمد أحد العاقدين كتمه على التعاقد معه يمكن لهذا أن يعرفه من طريق آخر (استئناف أسبوط في ١٢ فبراير سنة ١٩٤٢ الحاماة ٢٢ رقم ٢٤٤ ص ٦٩٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يعتبر تدليساً سكتان الدائن المرتهن عن مشتري العقار المرهون أن هناك رهناً آخر على العقار لم يكشف عنه صاحب العقار المرهون (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٥١ : ويلاحظ أن الاتفاق الذي لا يعتبر السكتان فيه تدليساً في هذه القضية هو اتفاق المشتري مع الدائن المرتهن على أن يدفع له جزءاً من الثمن سداداً لحقه في نظير موافقته على البيع ، والسكتان لا يعتبر هنا تدليساً لأن المشتري كان يستطيع من طريق الكشف عن العقار معرفة الرهن الثاني) .

ومن جهة أخرى قضت محكمة النقض بأنه إذا أخفى شريك على شريك وهو يقتسم معه أن ==

في عقود التأمين (١) .

بقى الجانب المعنوي وهو نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع .
فإذا انعدمت نية التضليل لا يكون هناك تدليس ، كالتاجر يبرز ما يعرضه
في أحسن صورة . وهو لا يقصد التضليل بل يريد استهواء الناس (٢) .
وقد توجد نية التضليل ولكن يقصد بها الوصول إلى غرض مشروع ،
كما إذا استعمل المودع طرفاً احتيالية للحصول من المودع عنده ، وتبين
أنه شخص غير أمين ، على إقرار بالتزوية (٣) .

== الألمان التي يأخذها هذا الشريك هي أطياف مرفوع بها دعوى استحقاق من جهة وقف بحيث
لو علم الحقيقة وأن معظم ما اختص به بمقتضى عقد التهمة يدخل في مستندات الوقف وأن معظم
ما اختص به شريكه يخرج عنها لما رضى بالتهمة ، فإن هذا يكفي لا اعتباره في حكم المادة ١٣٦
مدني (قديم) حيلة تقصد رضاء من خدع بها (مستند من حكم لمحكمة النفس في دائرتها المدنية
في أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ ، ضمن رقم ٦٩ سنة ١٨ قضائية ولم يشتر بعد — هذا وفي
وواقع هذه القضية أن الشريك زاد على مجرد السكتان أنه أخير شريكه أن ما يختص به غير
مهدهم خطر الاستحقاق) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا تبين أن المشتري كان
تحت تأثير ما ذكره البائع له من بيانات خاصة بدين الدائن على العقار المبيع وعدم استحقاق شيء
منه ولا من فوائده وقت تحرير العقد ، فأن ذلك في نفسه ودفعه إلى التعاقد ، ولم يكن يعلم أنه
أدخل عليه الغش والتدليس بأن كتم وأخفى عنه مقدار الفوائد المستحقة على العقار قبل تحرير
عقد البيع كما أخفى عليه ما اشترطه الدائن من حق الاحتفاظ بالمطالبة بالدين والفوائد عند التقصير
في دفع الفوائد في مواعييدها ، الأمر الذي أدى إلى حلول جميع الدين وترتب عليه نزع ملكية
العقار ورسا مزاده على الدائن ، فمثل هذه التصرفات هي نوع من الغش والتدليس الموجب
لبطلان العقد (٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣١٢ ص ٦٤٥ : وهنا أيضاً جاوز
البائع مجرد السكتان إلى الكذب عن طريق بيانات غير صحيحة أدلى بها للمشتري) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختصة بأن كتمان المؤمن على حياته لمريض أصابه قبل
التأمين يعد تدليلاً (٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٣٨ ص ٩٠) . وكذلك يعد تدليلاً كتمان
المؤمن له عن شركة التأمين أن شريكه كان قد توعد أمام شهود بإحراق متجره . لأن هذا
السكتان من شأنه أن يؤثر في تقدير التبعة (استئناف مختلط في ٥ فبراير سنة ١٩٣٠
جازيت ٢٠ ص ٧٩) .

(٢) على أن هذا لا يمنع من وقوع التعاقد الآخر في الغلط ، وبطلان العقد للفظ لا للتدليس .
ويعرف القانون الإنجليزي ما يسميه بالتصوير غير الصحيح (misrepresentation) وهو قرب
من حالتنا هذه ، إذ يعلن أحد التعاقدين المتعاقدين الآخر معلومات غير صحيحة ، ولكن عن
حسن نية ، فيبطل العقد للغلط لا للتدليس .

(٣) أنظر نظرية الالتزام للدكتور أحمد حشمت أبوستيت بقرة ١٧١ ص ١٢٣ .

١٨٢ - التدليس هو الدافع الى التعاقد : ويجب أن يكون التدليس

هو الدافع إلى التعاقد . وقاضى الموضوع هو الذى يبت فى ذلك . فيقدر مبلغ أثر التدليس فى نفس العاقد المخدوع ليقرر ما إذا كان هذا التدليس هو الذى دفعه إلى التعاقد ، ويسترد فى ذلك بما تواضع عليه الناس فى تعاملهم وبجالة المتعاقد الشخصية من سن وذكاء وعلم وتجارب (١) .

ويميز الفقه عادة بين التدليس الدافع (dol principal) ، وهو التدليس بالتحديد الذى قدمناه ، والتدليس غير الدافع (dol incident) ، وهو تدليس لا يحمل على التعاقد وإنما يغرى بقبول شروط أبهظ (٢) ، فلا يكون سبباً فى إبطال العقد ، بل يقتصر الأمر فيه على تعويض يسترد به العاقد المخدوع ما غرمه بسبب هذا التدليس وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية (٣) . وهذا التمييز منتقد . ذلك

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣ يولية سنة ١٩١١ م ٢٣ م ٣٥١ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ م ٥٤ - ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦٠ - ١٤٧ م - محكمه مصر الكلية الوطنية فى ٤ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٢/١٥ .

(٢) مثل ذلك أن يطلع بائع العقار المشتري على عقود إيجار لهذا العقار ، وهى عقود مصطنعة أو قديمة يريد أن يوهمه بها أن ربح العقار مرتفع ، فإذا حمله بذلك على شراء العقار ضمن عال كان للمشتري أن يحتج تعويضاً من البائع هو زيادة الثمن الذى دفعه عن الثمن الذى كان يدفعه لو علم بحقيقة الأمر . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بائع السد ضمن مقسط إذا لم يتوف الأقساط الواجبة الدفع ، وأن المشتري فسخ البيع بعد أن ربح السد المبيع الجائزة الكبرى ، وحمل المشتري بذلك ، بعد أن أوهمه أنه يستطيع فسخ البيع ، على أن يصلح معه على شروط باهظة ما كان يقبلها لولا هذا التدليس ، يكون قد ارتكب تدليساً غير دافع ، ويلزم بدفع تعويض هو الفرق بين ما قبله المشتري وما كان يقبله لو كان التعامل على غير غش (٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ م ١٣٤ - ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ م ٣٦٢) . وقد يحدث أن من يعرض شيئاً لبيعه فى المزاد يتفق مع شخص على أن يتقدم فى المزاد ، ويزايد عليه مزايده وهمية ، فإذا فعل ذلك وقدم عطاء أكبر ، فهذا العطاء الوهمي قد يكفي لإنهاء العطاء الذى سبقه ، ويكون لصاحب العطاء السابق حق طلب التعويض للفن أو التمسك بصورية العطاء الأكبر . أما إذا تحت الحيلة وتقدم شخص وزاد على العطاء الوهمي ورسا عليه المزاد ، فله أن يصر فى العقد بالتدليس ، ويكون التدليس هنا غير دافع يستوجب التعويض لا إبطال العقد (دبوح ٢ فقرة ٦٠٨ مكررة) .

(٣) وقد اشتمل المشروع التمهيدى على نص فى هذا المعنى . فقد قضت المادة ١٧٥ من هذا المشروع بما يأتى : « التدليس الذى يجعل العقد أثقل عبئاً دون أن يكون هو الدافع إلى التعاقد لا يعطى للتدليس عليه إلا الحق فى مطالبة التدليس بالتعويض » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية بصدد هذه المادة فى : « إذا لم يكن من أثر التدليس دفع من دلس عليه إلى التعاقد ، وإنما =

أن التدليس الذي يغرى على التعاقد بشروط أبهظ هو تدليس دفع إلى التعاقد بهذه الشروط ، ولا يمكن فصل الإرادة في ذاتها عن الشروط التي تحركت الإرادة في دائرتها . فالتدليس هنا أيضاً يعيب الإرادة ، والعاقدة المخدوع بالخيار بين أن يطل العقد أو أن يستبقيه مكتئباً بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب التدليس . وهو إذا اختار الإبطال بقى في دائرة العقد . وإذا اختار التعويض انتقل إلى دائرة المسؤولية التقصيرية . وكل تدليس له هذان الوجهان ، سواء في ذلك ما سمي بالتدليس غير الدافع وما سمي بالتدليس الدافع (١) .

١٨٣ - التدليس صادر من المتعاقدين الآخر أو من الغير -

القانون المرفى القديم : كانت المادتان ١٣٦/١٩٦ من القانون المدني القديم ، في نصهما العربي ، تقضيان كما رأيتما بأن التدليس موجب لعدم صحة الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مبرئاً على الخيل المستعملة له من المتعاقدين الآخرين بحيث لولاها لما رضى . وكان هذا النص العربي يتفق مع القانون المدني الفرنسي الذي ينص صراحة على أن التدليس يجب أن يكون صادراً من المتعاقدين الآخرين (م ١١١٦) . لذلك كان الفقه والقضاء في مصر يذهبان إلى أن التدليس يجب أن يكون صادراً من المتعاقدين الآخرين . تمثيلاً مع النص العربي لمتار إليه ومع

== اقتصر أمره على استدراجه إلى قبول شروط أشد وقراً مما كان يقبله لو تبين حقيقة الواقع ، فلا يعتبر عيباً من عيوب الرضاء ، بل يعتبر تفسيراً أو خطأ من جانب المدلس ترتب عليه مسؤوليته ، ويعطى الحق في طلب التعويض ، سواء أوقع التدليس من أحد المتعاقدين أم من أجنبي عن العقد . وقد حذف هذا النص في المشروع النهائي لأنه يقرر حكماً يكفى فيه تقرير قواعد المسؤولية (أنظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٥ في المباحث) .

(١) أنظر في هذا المعنى بلانويل وريبير وبولانيه طبعة سنة ١٩٤٩ فقرة ٢٢٨ . ومع ذلك أنظر نظرية العقد للؤلث فقرة ٣٨٤ . ولاحظ أن هناك وجهاً للتوفيق بين من يقول بهذا التمييز ومن لا يقول به . ففى التدليس غير الدافع إذا اختار العاقدة المخدوع لإبطال العقد وفقاً لرأى القائمين بدم التمييز ، جاز للعاقدة الآخر أن يعرضه عن الضرر الذى أصابه بسبب التدليس فيمنعه بذلك من إبطال العقد . ونحن نقبس في ذلك التدليس على الغلط في أن كلامهما لا يجوز التسك به على وجه يتعارض مع حسن النية . ومتى استقام هذا الحال اقتصر لعاقدة المخدوع على التعويض وفقاً لسكر من الرايين (قارن محكمة الاستئناف المختصة في ٧ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٠) .

نص القانون الفرنسى (١). وكان الفقه يعلل هذا الحكم الشاذ بأن التدليس إذا صدر من الغير فلا يجوز أن يكون سبباً في إبطال العقد ، إذ ليس من العدل أن يجزى المتعاقد الآخر بالإبطال عن ذنب اقترفه الغير ، وللعائد المخدوع أن يرجع على الغير الذى صدر منه التدليس بتعويض عما أصابه من الضرر . وليست هذه الحجة بمتقنة . فإن التدليس ، سواء صدر من المتعاقد الآخر أو صدر من الغير ، يعيب الإرادة . وما دمنا نأخذ بالمعيار الذاتى وننظر لا إلى التدليس فى ذاته بل إلى ما أحدثه من الأثر فى نفس المتعاقد ، فإن الواجب عدم التفريق بين تدليس صدر من المتعاقد الآخر وتدليس صدر من الغير ، لأن العائد المخدوع مضلل فى الحالتين ، وقد صدرت إرادته على غير هدى ، فلا يجوز أن يلزم بمثل هذه الإرادة . والواقع أن هذا التمييز ليست له علة منطقية ، وهو يرجع فى الأصل لأسباب خاصة بالقانون الرومانى (٢) . وبالرغم من زوال هذه الأسباب فقد تلقى القانون الفرنسى القديم القاعدة ميراثاً من التقاليد . وانتقلت منه إلى القانون الفرنسى

(١) والتون ١ ص ٢٥٢ - ٢٥٤ - الدكتور محمد صالح فى أصول التعهدات فقرة ٢٨٥ ص ٢٤٢ - الدكتور محمد وهبة ص ١٩٥ - دى حانس ١ لفظ (convention) فقرة ٦٤ - هالتون ١ ص ٣٢٠ - ٣٢١ - فتوى زغلول ص ١٣٣ - محكمة الاستئناف المختطة فى ١٥ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٤١ - وفى ٢٩ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤١٧ - محكمة النيا الجزئية فى ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١٣٠ ص ١٨٢ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٣٩ ص ٨٤٩ .

وقد قضت محكمة النقض بأن التدليس الحاصل من أجنبي بطريق التواطؤ مع أحد المتعاقدين يفسد الرضاء كالتدليس الحاصل من المتعاقد نفسه (نقض مدنى فى ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٣ ص ٢١٤) . فلم تعد محكمة النقض بالتدليس انفساداً من أجنبي إلا لأنه متواطئ . مع أحد المتعاقدين .

وقد خالف هذا الرأى فى ظل القانون القديم فقهاء قالوا بعدم التمييز ما بين تدليس صادر من أحد المتعاقدين وتدليس صادر من الغير : أنظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٨٦ - ٣٩٢ - الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ١٢٨ - الدكتور عبد السلام ذهى ص ١٢٨ - ١٣٠ .

(٢) فقد كان « البريطور » فى القانون الرومانى يعطى الدعوى والدفع فيما يختص بالتدليس ضد الشخص الذى صدر منه التدليس . فإذا ما دخل العقد بتدليس صادر من الغير لم يكن للمتعاقد الذى وقع فى التدليس إلا الرجوع على هذا الغير ، ولا رجوع له على المتعاقد الآخر ، فيبقى العقد صحيحاً لاسيما إلى إبطاله . وهذا بخلاف الإكراه فإنه حتى إذا وقع من الغير يمكن الاحتجاج به ضد المتعاقد الآخر (جيزار طبعة سادسة ص ٤٧١) .

الحديث . وإلا فما الفرق بين الإكراه والتدليس من هذه الناحية ، والمقرر أن الإكراه يبطل العقد سواء صدر من المتعاقد الآخر أو من الغير ، لأنه يعيب الإرادة في الحالتين (١) .

ولعل ضعف الحجة في وجوب التمييز بين التدليس الصادر من الغير والتدليس الصادر من المتعاقد الآخر هو الذي حمل القضاء والفقه في فرنسا وفي مصر على الانتقاص من هذا التمييز والعمل على هدمه بالإكثار من الاستثناء فيه . فاستقر الرأي على ألا تميز بين تدليس صادر من الغير وتدليس صادر من المتعاقد الآخر . وأن كليهما يعيب الإرادة ، في الأحوال الآتية : (١) إذا كان التصرف القانوني الذي داخله التدليس تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد (٢) في انبات لأن الهبة يجب أن تتمحض عن نية التبرع خالصة ، فإذا داخلها التدليس ولو صدر من الغير كان مبطلا لها (٣) في المعاوضات إذا صدر التدليس من نائب المتعاقد الآخر أو من الغير إذا كان متواطئاً مع المتعاقد الآخر . أو إذا صدر التدليس من الغير وكان المتعاقد الآخر يعلم بهذا التدليس أو كان في استطاعته أن يعلم به .

وكان الفقه المصري يستطيع أن يجد في القانون المدني القديم سنداً على أن التدليس يعيب الإرادة حتى لو صدر من الغير . إذا هو رجع إلى النص الفرنسي للمادتين ١٩٦/١٣٦ ، فإن الترجمة الدقيقة لهذا النص هي ما يأتي : « التدليس يعيب الإرادة . إذا كانت الحيل المستعملة ضد المتعاقد جسيمة بحيث إنه لولاها لما رضى » . فلم يميز النص بين تدليس يصدر من المتعاقد الآخر وتدليس يصدر من الغير ، بل أطلق فجعل التدليس يعيب الإرادة في الحالتين (٢) . ولو أخذ بنسب والقضاء في مصر بهذا التفسير الوجه

(١) انظر محاولة للدفاع عن هذا التمييز ما بين التدليس والإكراه وقد هذه المحاولة في نظرية العقد المولف من ٤٠٩ حاشية رقم ٥ .

(٢) وكنا نأخذ بهذا الرأي في ظل القانون القديم وقد سقت الإشارة إلى ذلك . وفي رأينا أن المشرع المصري في القانون القديم أراد العدول عن القاعدة الفرنسية التي تقضى بأن التدليس يجب أن يكون صادراً من الغير ، لأنها عدة متقدمة كما رأينا ، فأورد النص الفرنسي للمادتين ١٩٦/١٣٦ ، وهو النص الأصلي وإن لم يكن النص الرسمي ، فاطماً في أنه لا يشترط أن يكون التدليس صادراً من الغير . ثم ترجم هذا النص إلى العربية ، ولكن المترجم تصرف فيه ، فبدلاً من أن ينتبه بالأصل فيذكر أن « التدليس يعيب الإرادة إذا كانت الحيل المستعملة =

لاستغنيا به عن سلوك الطريق الطويل الملتوى الذى سلكه الفقه والقضاء فى فرنسا ، ولذهبا مباشرة إلى الحل الصحيح عن طريق النص الصريح .

١٨٤ - القانور المرئى الجبرير فى التدليس الصادر من الغير :

هذا ما فعله القانون الجديد . فقد تجنب التناقض الذى وقع فيه القانون ولقديم ، ونص صراحة فى المادة ١٢٦ ، كما سبق القول ، على أنه « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم ، بهذا التدليس (١) » . وقد نص القانون الجديد على مثل هذا فى الإكراه

== ضد المتعاقد جسيمة ... » ، ذكر أن « التدليس يعيب الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مرتباً على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر ... » . فهو لما أورد لفظ « رضاء » وأسندها إلى « أحد المتعاقدين » انساق إلى ذكر « المتعاقد الآخر » بشئ من القابلة الطبيعية . ولعله يكون قد فهم خطأ من النص الفرنسى الذى ترجمه أن الحيل المستعملة ضد أحد المتعاقدين هى حيل صادرة من المتعاقدين الآخرين ، وأن هذا يفهم من مدلول النص . لجأت الترجمة مخالفة للأصل . والواجب فى هذه الحالة الأخذ بالنص الفرنسى دون النص العربى ، لأن النعم الأول هو الذى يصير بأمانة عن قصد المشرع (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٢٨٦) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٧٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

١ - التدليس الصادر من غير المتعاقدين لا يعطى حقاً للمدلس عليه فى طلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن الطرف الآخر كان يعلم ، أو كان فى استطاعته أن يعلم ، بهذا التدليس وقت إبرام العقد . ٢ - فإذا كان الطرف الآخر لا يعلم ، أو ليس فى استطاعته أن يعلم ، بصدور تدليس من الغير ، فلا يترتب على التدليس إلا تحويل المدلس عليه حق مطالبة المدلس بالتعويض . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذه المادة ما يأتى : « اختلفت المذاهب فى شأن التدليس الصادر من الغير ، ففرق لا يترتب عليه بطلان العقد ... ، وفرق يجعل له حكم التدليس الصادر من المتعاقدين من حيث ترتب البطلان ... ، وفرق يتوسط بين هذين المذهبين ... فيشترط لاعتبار التدليس الصادر من الغير عيباً من عيوب الرضاء ، أن يثبت من ضلل به أن الطرف الآخر كان يعلم به ، أو كان فى استطاعته أن يعلم به ، وقت إبرام العقد . وفى هذا تطبيق خاص لنظرية الخطأ فى تكوين العقد التى سبق تطبيقها فيما يتعلق بالغلط . وقد اختار المشروع ما اتبعه الفريق الثالث . وبراى أنه إذا انصرفت منفعة من منافع العقد مباشرة إلى شخص غير العاقد (كالاستفيد من اشتراط مصلحة الغير) فلا يجوز إبطال العقد بالنسبة له ، إلا إذا كان يعلم ، أو كان فى إمكانه أن يعلم ، بالتدليس ... ويختلف عن ذلك حكم التبرعات ، فهى تعتبر قابلة للبطلان ، ولو كان من صدر له التبرع لا يعلم بتدليس الغير ولم يكن يستطيع أن يعلم به ، لأن نية التبرع يجب أن تكون خالصة من شوائب العيب . وغى عن البيان أنه لا يكون لدى العاقد سبيل الانتصاف سوى دعوى المطالبة بالتعويض إذا لم يعلم العاقد الآخر بالتدليس أو لم يكن فى مقدوره أن يعلم به » . وفى حجة المراجعة تدرج الفقرة الثانية من

(أنظر المادة ١٢٨) . فسوى بين الإكراه والتدليس في ذلك (١) .

وإذا كان التدليس الصادر من الغير يعيب الإرادة متى كان المتعاقد الآخر يعلم . أو كان من المفروض حتماً أن يعلم . بالتدليس ، بقي الفرض الذى يكون فيه المتعاقد الآخر غير عالم بالتدليس وغير مستطيع أن يعلم به . وحتى هنا يجوز إبطال العقد بلفظ إذا أثبت التعاقد الخدوع أن التعاقد الآخر كان مشتركاً معه فى الغلط الذى وقع فيه من جراء هذا التدليس ، أو أن هذا المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان يستطيع أن يعلم بهذا الغلط . فإذا لم يثبت شيئاً من ذلك ، فإن العقد لا يكون باطلاً لالتدليس ولا للغلط . وهذا عدل ، لأننا إذا أبطلنا العقد فى هذه الحالة فللمتعاقد الآخر وهو حسن النية أن يطلب تعويضاً . وخير تعويض هو بقاء العقد صحيحاً . وهذا تطبيق آخر لقيام العقد على سبيل التعويض . لا على الإرادة الحقيقية للمتعاقد (٢) ، وقد سبقت الإشارة إلى تطبيقات من هذا القبيل .

== المادة لأنها تقرر حكماً يكفى فيه تقرير قواعد الشكالية ، وأعيدت صيغة المادة على لوجه الآتى :
« إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان فى استطاعته أن يعلم بهذا التدليس » . وأصبح رقم المادة ١٣٠ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى حقه القانون المدنى لمجلس الشيوخ استبدلت عبارة « أو كان من المفروض حتماً أن يعلم » بعبارة « أو كان فى استطاعته أن يعلم » ، وأصبح رقم المادة ١٢٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٤ - ص ١٧٨) .

(١) ويلاحظ أن القانون الجديد اشترط فى التدليس والإكراه الصادرين من الغير ، إذا أريد التمسك بهما لإبطال العقد ، أن يثبت التعاقد المدلس عليه أو التعاقد المكره أن التعاقد الآخر ، إذا لم يكن يعلم علماً يقينياً بالتدليس أو بالإكراه ، فهو على الأقل مفروض فيه حتماً أن يعلم بذلك . وهذا بخلاف لفظ « غلط » فقد اكتفى القانون الجديد فيه بإثبات أن التعاقد الآخر كان من السهل عليه أن يثبتته . ولا يوجد سبب طاهر لهذه التفرقة بين الغلط من جهة والتدليس والإكراه من جهة أخرى ، حتى يتحمل التعاقد فى الحالة الثانية عتفاً فى الإنابات أقل من العتف الذى يتحمله فى الحالة الأولى . ولعله يكون فى الحالة الأولى أولى بالرعاية : فمن جهة هو ليس لفظ عادة مظاهر مادية تبرر التشدد معه فى الإنابات بينما أن للتدليس وللإكراه هذه المظاهر ، ومن جهة من تعاقد معه إذا وقع فى غلط يكون أقل عذراً مما لو كان ضحية تدليس أو إكراه . ويبدو أن التفرقة لا مبرر لها ، ولا تنحصر إلا بأن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عندما عدلت النصوص الخاصة بالتدليس والإكراه سهى عليها أن تجرى تدبيراً مماثلاً فى النصوص الخاصة بالغلط . ومن ثم يحسن عدم التشدد فى إبراز هذه التفرقة عند التطبيق العملى .
(٢) ويصح القول هنا بأن القانون الجديد أخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة ، وعندئذ يقوم العقد على توافق الإرادتين .

ب - نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس

١٨٥ - الغلط يغني عن التدليس في النظرية الحديثة : قدمنا

أن التدليس من شأنه أن يوقع المتعاقد في غلط . فإذا كان رضاؤه معيماً فإنما يكون ذلك بسبب الغلط الذي أوقع فيه التدليس . ومع ذلك فإن النظرية التقليدية للتدليس إذا وضعت بجانب النظرية التقليدية للغلط تجعل دائرة التدليس أوسع من دائرة الغلط . فهناك أحوال لا يكفي فيها الغلط لإبطال العقد ، كالغلط في الباعث والغلط في القيمة . فإذا اقترن بالغلط تدليس دافع : كان التدليس لا الغلط هو السبب في إبطال العقد (١) . ومن ذلك نرى أنه طبقاً للنظرية التقليدية لا يغني الغلط عن التدليس . بل يجب الحرص على التمييز بين التدليس والغلط ، فإنه إذا كان كل تدليس يحدث في النفس غلطاً ، فإن الاختصار على هذا الغلط مجرداً عن التدليس لا يكفي لإبطال العقد في كل الأحوال .

أما في النظرية الحديثة ، فالغلط يغني عن التدليس . ولا يمكن في هذه النظرية أن يوجد عقد يبطل للتدليس دون أن يكون قابلاً لأن يبطل للغلط في الوقت ذاته . والتدليل على ذلك هين . فالتدليس لا يبطل العقد إلا إذا كان دافعاً . وهو إنما يبطل العقد لما يوقع في نفس المتعاقد من الغلط . فالغلط الناشئ عن التدليس المبطل للعقد لا بد أن يكون غلطاً دافعاً ، والغلط الدافع يبطل العقد دائماً حتى لو وقع في الباعث أو في القيمة . فنرى من ذلك أن كل عقد يبطل للتدليس يمكن في الوقت ذاته أن يبطل للغلط ، وأن نظرية الغلط تغني إذن عن نظرية التدليس (٢) .

(١) أنظر في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٤٧ .

(٢) أغفل القانون البرتغالي التدليس كعيب مستقل من عيوب الرضاء (أنظر م ٦٥٧ و ٦٦٣ من هذا القانون) . وكذلك فعل القانون النمساوي (م ٨٧٠ من القانون النمساوي القديم وم ٥٥ من القانون النمساوي المعدل) - أنظر أيضاً بلانبول ٢ فقرة ١٠٦٦ - ديموج ١ فقرة ٣٦٤ - مذكرات الأستاذ ليمب إيمان في التعليقات في الربع الأول من القرن العشرين ص ٣٩٤ .

١٨٦ - ولكن التدليس لا يغني عن الغلط : ذلك أن التدليس

إذا لم يوقع في نفس المتعاقد غلطاً فلا أثر له في صحة العقد ، ولا تترتب عليه إلا مسئولية عن التعويض إذا انطوى على خطأ تقصيري وأحدث ضرراً . ولا يمكن أن نتصور عقداً لا يبطل للغلط ويبطل مع ذلك للتدليس . فالعبرة إذن بالغلط لا بالتدليس . وإذا كان الغلط يغني عن التدليس ، فإن التدليس لا يغني عن الغلط .

على أنه إذا وقع المتعاقد في غلط من شأنه أن يبطل العقد ، فإن هناك فرقاً عملياً في هذه الحالة بين أن يكون الغلط مصحوباً بالتدليس أو أن يكون غير مصحوب به . ويظهر أثر هذا الفرق في أمرين : (أولاً) يسهل إثبات الغلط حيث يكون مصحوباً بالتدليس . فإن الطرق الاحتمالية تكون غالباً طرقاً مادية يسهل إثباتها ، فيثبت الغلط تبعاً لذلك . أما إذا لم يصحب الغلط تدليس ، فإنه يصحح أمراً نفسياً ليس من الميسور إثباته . (ثانياً) إذا كان الغلط مصحوباً بتدليس . فإن التدليس يكون سبباً في إلزام المتدليس بالتعويض ، وذلك إلى جانب إبطال العقد . إذا نجم عن التدليس ضرر (١) أما الغلط غير المصحوب بالتدليس فجزاؤه يبطل العقد . ولا محل لتعويض إلا إذا ثبت خطأ في جانب المتعاقد الذي علم بالغلط أو كان يستطيع أن يعلم به . وظاهر أن كلا من هذين الأمرين عملي محض . ولا صلة له بأثر الغلط في صحة العقد (٢) . وقد آثر القانون الجديد مع ذلك أن يستبقى التدليس إلى جانب الغلط جرياً على التقاليد ، لا سيما إذا اقترنت بهذه الفروق العملية .

(١) محكمة الاستئناف الرومانية في ١٧ مايو سنة ١٨٩٩ المحاكم ١١ ص ٢١٥١ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمييز في هذا الصدد ما يأتي : « وقد يصح المناوئ عن جدوى إقامة نظرية مستقلة للتدليس ما دام أن أثره في الإرادة يرد إلى ما يولد في ذهن المعاهد من غلط يدفع به إلى التعاقد ، يمتد أن ما يشوب الرضاء من عيب سبه يرجع إلى الغلط لا إلى الحياة . إلا أن لوجود التدليس مزيتين عمليتين : فإثباته أسير من إثبات الغلط من ناحية ، وهو يخول حق مطالبة من صدر منه التدليس بالتعويض فضلاً عن حق التمسك بالطلاق من ناحية أخرى » (مجموعة لأعمال الجمعية ص ٢ - ١٧٢ - ص ١٧٣) .

§ ٣ - الإكراه (*)

(La violence)

١٨٧ - الرهبة هي التي تفسد الرضاء : الإكراه ضغط تنأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد . والذي يفسد الرضاء ليست هي الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه ، بل هي الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد . كما أن الذي يفسد الرضاء في التدليس ليست هي الطرق الاحتمالية ، بل ما تحدثه هذه الطرق في نفس المتعاقد من التضليل والوهم .

١٨٨ - الإكراه الذي يفسد الرضاء والإكراه الذي يعمره والإكراه وإن كان يفسد الرضاء على النحو المتقدم ، إلا أنه لا يعدله . فالمكره إرادته موجودة ، ولو انتزعت منه هذه الإرادة رهبة ، لأنه خير بين أن يريد أو أن يقع به المكره الذي هدد به ، فاختر أهون الضررين وأراد ، إلا أن الإرادة التي صدرت منه هي إرادة فاسدة ، لأنها لم تكن حرة مختارة .

وإنما يعدم الإكراه الرضاء إذا انتزع الرضاء عنوة لا رهبة ، كما إذا أمسك المكره بيد المكره وأجرى القلم في يده بالتوقيع على التزام . ففي هذه الحالة يكون العقد باطلا لانعدام الرضاء .

١٨٩ - الإكراه هو أبضا عمل غير مشروع : وينبغي أن ننظر إلى الإكراه - كما نأثرنا إلى التدليس - من ناحيتين : الناحية التي يكون الإكراه فيها عيباً من عيوب الإرادة فيبطل العقد ، والناحية التي يكون الإكراه فيها عملاً غير مشروع فتترتب عليه المسؤولية عن التعويض . وسنرى فيما يلي هاتين الناحيتين في الإكراه .

(*) بعض المراجع : ريبير في القاعدة الخلقية فترة ٤٥ وما بعدها - مقال ديوج في مجلة القانون المدني ربع السنوية سنة ١٩١٤ من ٤٣٥ - ٤٨٠ - لالمان (Lallement) رسالة في حالة الضرورة في المسائل المدنية باريس سنة ١٩٢٢ - بريتون (Breton) رسالة في الإكراه كيب في الرضاء كان سنة ١٩٢٥ - جوسران في البائع والسل القانوني الخامس فترة ٧١ - والنون ٢٨٨ - ص ٣٠٦ - نظرية العقد للمؤلف من ٤١٨ - ص ٤٤٤ - الدكتور حلمي ميهجت بنوي من ١٣٣ - ص ١٤٤ - الدكتور أحمد حشمت أبوسنت من ١٣٠ - ص ١٤٠ .

١٩٠ - النصوص القانونية : وكان القانون قد يمتثل على نص واحد

في الإكراه هو نص المادتين ١٣٥/١٩٥ . وهو يقضى بأنه «لا يكون الإكراه موجباً لبطلان المشاركة إلا إذا كان شديداً . بحيث يحصل منه تأثير لذوى التمييز مع مراعاة سن العاقد وحالته والذكورة والأنوثة » . وهذا النص يفضل نصوص القانون الفرنسي التي نقل عنها ، إذ تجنب الخوض في كثير من التفاصيل التي عرضت لها هذه النصوص (١) . واقتصر على وضع معيار مرن . إلا أنه خلط ما بين معيار موضوعي هو معيار ذى التمييز (personne raisonnable) ومعيار ذاتي هو معيار العاقد بالذات . وقد نقل هذا الخلط عن القانون الفرنسي (٢) .

أما القانون الجديد فقد تجنبت نصوصه هذا الخلط ، فاقصرت على المعيار الذاتي وهو المعيار الصحيح . وعرضت لعناصر الإكراه في نصين . هما لمادتان ١٢٧ و ١٢٨ .

وتنص المادة ١٢٧ على ما يأتي :

« ١ - يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعينها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق . وكانت قائمة على أساس » .

« ٢ - وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور

(١) نظرية العقد للمؤلف ص ٤٣٧ - ص ٤٤٤ .

(٢) خلط القانون المدني الفرنسي في المادة ١١١٢ بين المعيار الموضوعي والمعيار الذاتي . وسبب ذلك أن بوتيه عند بحثه في الإكراه ذكر أن القانون الروماني كان يتخذ لجماعة الإكراه معيار « الرجل الشجاع » ، وعقب على ذلك بأن قواعد الإكراه في القانون الروماني عادلة وهي تتفق مع القانون الطبيعي إلا هذا المعيار الشديد ، فإنه معيار جامد قاس ولا يصح اتباعه ، ولكن يجب النظر في هذه المسألة إلى سن الشخص وجنسه وحالته . فأخذ واضعو القانون المدني الفرنسي معيار القانون الروماني الموضوعي بعد أن عدلوه ، فذكروا « الرجل المتد » بدلا من « الرجل الشجاع » ، ثم أضافوا إلى هذا المعيار الموضوعي معيار بوتيه الذاتي ، واتهم أن الميارين متعارضان ، وأن بوتيه إنما أراد إبدال معيار القانون الروماني الموضوعي بمياره الذاتي ، أو هم توهموا أن قد بوتيه لم يار « الرجل الشجاع » من شأنه أن يزل المعيار إلى « الرجل المتد » ، ولم يتنبهوا إلى أن بوتيه لم ير إبدال معيار موضوعي بمعيار موضوعي آخر ، بل قصد وضع معيار ذاتي محض (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٣٤ حاشية رقم ٣) .

للطرف الذى يدعيها أن خطراً جسيماً مهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال .

« ٣ - ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه (١) » .

وتنص المادة ١٢٨ على ما يأتي :

« إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكروه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم . أو كان من المفروض حتماً أن يعلم ، بهذا الإكراه (٢) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٧٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

« ١ - يكون العقد قابلاً للإبطال إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ، على أن تكون الرهبة قائمة على أساس . ٣ - ونعتبر الرهبة قائمة على أساس إذا كان للطرف الذى يدعيها أن يتفقد ، تبعاً للظروف ، أن خطراً جسيماً حالاً يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال . ٣ - وينظر في تقدير الإكراه إلى جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية ومزاجه وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه . وفي لجنة المراجعة أبدلت عبارة « أحد أقاربه » بكلمة « أو غيره » ، ولوحظ في ذلك أن عبارة « أحد أقاربه » أوسع مما ينبغي في بعض الأحوال وأضيق مما ينبغي في الحالات الأخرى . وقد يكون للشخص صديق أعز عليه من أقاربه ، وروعى أن الخطر الجسيم الذى يهدد بالغير فيثبت الرهبة في النفس إلى حد التعاقد فيه تحديد كاف للغير الذى يعتبر الخطر المهدد به إكراهاً . وأبدلت كلمة « حالا » التى تصف الخطر الجسيم في الفقرة الثانية بكلمة « معداً » . وأعيدت صياغة المادة بما جعلها تطابق نص القانون الجديد مع استبقاء كلمة « ومزاجه » فيما يراعى في تقدير الإكراه . وأصبح رقم المادة ١٣١ في المشروع النهائي . وفي مجلس النواب حذفت كلمة « النفس » اكتفاءً بكلمة « الجسم » لأن الخطر الذى يهدد النفس يعتبر أنه يهدد الجسم أيضاً . وفي لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ حذفت كلمة « ومزاجه » الواردة في الفقرة الثالثة لأن إيراد هذه الكلمة يفتح الباب لإشكالات كثيرة بسبب كثرة اختلاف الأمزجة ، وأعيدت كلمة « النفس » التى كان مجلس النواب قد حذفها لأن الآلام النفسية قد يصل تأثيرها على الشخص مبلغ الآلام الجسمية كمن يحطف عزيز لديه فيقع تحت تأثير هذا الحطف . وأصبح رقم المادة ١٢٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ١٧٨ - ص ١٨٤) .

أنظر المادتين ٢٩ و ٣٠ من قانون الالتزامات السويسرى .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٧٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

« ١ - إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمكروه أن يطلب إبطال العقد إلا إذا كان الطرف الآخر يعلم بوقوع الإكراه ، أو كان في استطاعته أن يعلم ذلك . ٢ - فإذا كان الطرف الآخر لا يعلم =

١٩١ - عنصره للإكراه : ويستخلص من هذه النصوص أن عناصر

الإكراه ، كعناصر التدليس ، اثنان : ١- استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محقق ، وهذا هو العنصر الموضوعي . ٢- رهبة في النفس يبعثها الإكراه فتحمل على التعاقد . وهذا هو العنصر النفسي .

وهذان العنصران كافيان ، ولا يهم بعد ذلك ما إذا كان الإكراه صادراً من أحد المتعاقدين ، أو من الغير ، أو من ظروف خارجية تهيأت مصادفة .

ونتناول بالبيان كلا من العنصرين الموضوعي والنفسي ، وننتقل بعد ذلك إلى الجهة التي صدر منها الإكراه هل هي أحد المتعاقدين أو الغير أو مجرد المصادفة (١) .

= بوقوع الإكراه ، ولم يكن في استطاعته أن يعلم به ، فليس لفكره إلا أن يطالب المنكره بالتعويض . وفي لجنة المراجعة تقرر حذف الفقرة التالية لأنها تقرر حكماً شكك في قوة العقد المشروعية ، وأدخلت تعديلات لفظية على الصياغة بما جعل المادة تطابق تقريباً نص قانون الجديد ، وأصبح رقمها ١٣٢ في المشروع النهائي . ووافق مجلس اللوب عليها . وفي حدة ١٩٢٠ من مجلس الشيوخ تقرر بعد مناقشة طويلة استفتاء المادة كما هي - لأن الإكراه صادر من الغير كالتدليس الصادر من الغير يجب أن ينص به التعاقد الآخر ونوع النسبة بين الإكراه والتدليس في هذه المسألة - مع استبدال عبارة « أو كان من الغرض حتماً أن يعلم » بعبارة « أو كان في استطاعته أن يعلم » . وأصبح رقم المادة ١٢٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٥-١٨٨) . أنصر المادة ٢٩ من قانون الالتزامات والسيرى .

(١) والذي يطلب من المتعاقدين إبطال العقد للإكراه هو الذي يحمل عبء إثبات هذا الإكراه بنصه (حكممة الاستئناف المختلطة في ٢٥ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٣٧ - وفي ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٢) . وبثبت ذلك بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن لأنه يثبت واقعة مادية .

ووقوع الإكراه مسألة واقعية لقاضي الموضوع فيها الرأي النهائي . ولكن الوصف القانوني لوقائع الإكراه مسألة قانون تخضع لرؤية محكمة النقض ، كانت فيما إذا كان يمكن أن يصدر الإكراه من الغير ، وفيما إذا كان مجرد استعمال النفوذ الأدنى بعد إكراهها ، وفيما إذا كانت الوسائل المشروعة تعد إكراهها في بعض الظروف (نظرية العقد لمؤلف ص ٤٢٠ حاشية رقم ٢) . وانظر محكمة النقض (الدائرة المدنية) في ٢ برنة سنة ١٩٣٢ الخلامة ١٣ رقم ٦٢ ص ١٥٧ وبمجموعة عمر ١ رقم ٥٥ ص ١٢٠ ، وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي : « وبما أن تقدير درجة الإكراه وهل هو شديد ومؤثر أو غير مؤثر على الشخص الواقع عليه متروك لقاضي الموضوع بلا سلطان عليه من محكمة النقض ، أما كون الأعمال التي وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة متى ثبتت في الحكم فما يدخل تحت رؤية محكمة النقض لأنه وصف قانوني لواقعة معينة يترتب على الخطأ فيها الخطأ في تطبيق القانون » . وانظر أيضاً محكمة النقض (الدائرة المدنية) في ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٧ ص ٩٢٠ .

١ - استعمال وسائل للإكراه تهدد بمخطر جسيم محقق

١٩٢ - تحليل هذا الفصل : لابد من استعمال وسائل للإكراه تقع على الحس أو على النفس . فتهدد التعاقد المذكور . أو شخصاً عزيزاً عنده ، بمخطر جسيم محقق بالنفس أو بالمال . ووسائل الإكراه تكون في العادة غير مشروعة يقصد بها الوصول إلى غرض غير مشروع . وقد تستعمل وسائل مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع فيتحقق الإكراه : من ذلك أن يستغل صاحب الحق المطالبة بختمه لابتزاز فائدة غير مشروعة من المدين : ومن ذلك أيضاً أن يستغل صاحب الشوكة والنفوذ الأدبي شوكمته ونفوذه ليحقق غرضاً غير مشروع .

فتكلم إذن فيما يأتي : (١) الإكراه الحسي والإكراه النفسي (٢) الخطر الجسيم المحقق بالنفس أو بالمال إذا تهدد التعاقد نفسه (٣) هذا الخطر إذا تهدد غير التعاقد (٤) المطالبة بحق كوسيلة للإكراه (٥) الشوكة والنفوذ الأدبي .

١٩٣ - الإكراه الحسي والإكراه النفسي : وسائل الإكراه إما أن تقع على الجسم . كالضرب المبرح والإيذاء بأنواعه المختلفة ، وهذا ما يسمى بالإكراه الحسي (violence physique) لأنه يقع على الحس ، وهو نادر لاسيما في الأوساط المتحضرة . وإما أن تكون الوسيلة تهديداً بإلحاق الأذى دون إيقاعه بالفعل أو إحداثاً لألم نفسي ، وهذا ما يسمى بالإكراه النفسي (violence morale) لأنه يوقع في النفس رهبة أو ألماً ، وهذا هو الإكراه الأكثر وقوعاً في الحياة العملية . وليس هناك فرق بين الإكراه الحسي والإكراه النفسي ، فكل وسيلة من وسائل الإكراه ، سواء وقعت على الجسم أو على النفس ، تفسد الرضاء وتجعل العقد قابلاً للإبطال .

١٩٤ - خطر جسيم محقق بالنفس أو بالمال يهدد التعاقد نفسه :

ولكن لما كان الإكراه النفسي هو الأكثر وقوعاً كما قدمنا ، فإن كلامنا ينصرف في الغالب إليه . وهو الذي يوقع في نفس التعاقد المذكور أن يخطأ جسماً محقق بنفسه أو ماله ، فتكون الرهبة التي تعاقد تحت سلطانها قائمة على أساس .

وهذا ما تنقضي به الفقرة الثانية من المادة ١٢٧ إذ تنص على ما يأتي :
«وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال (١)» .

فالخطر يجب أن يكون جسيماً . والعبرة في جسامته الخطر بخالة المكره النفسية . فلو كانت وسائل الإكراه التي استعملت غير جدية ، ولكنها مع ذلك أوقعت الرهبة في نفس المكره وصورته أنه أن خطراً جسيماً يهدده ، فإن هذا يكفي لإفساد الرضاء . وذلك كما إذا هدد شخص آخر بعمل من أعمال الشعوذة ، كأن يلحق الأذى بمواشيه من طريق السحر «والتعزيم» . أو يهدده بأن له قدرة على «الربط والحل» . أو نحو ذلك مما يقع كثيراً في الأوساط القروية الساذجة .

والخطر يجب أن يكون محدقاً (imminent) أي وشيك الوقوع . فلو كان التهديد بخطر يراخى وقوعه إلى أجل يشكك معه المتعقد من اتخاذ الخوص لنفسه ، فإن هذا التهديد ليس من شأنه عادة أن يوقع في النفس الرهبة التي تفسد الرضاء . على أن الأمر منوط بخالة المتعاقد النفسية ، فقد تنبعث في نفسه رهبة من التهديد بخطر بعيد الأجل . فيكفي هذا لإفساد الرضاء . فالعبرة إذن بوقوع الرهبة حالاً في نفس المتعاقد . لا بأن الخطر حال أو محدق (٢) .

(١) وكان هذا هو القانون القديم : استضاف محتط في ٢٧ من سنة ١٩٠٣ م ٥٥٠ ص ١٦٧ .

(٢) وكانت النظرية التقليدية للاكراه تشترط أن يكون الخطر حالاً ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ١١١٢ من القانون المدني الفرنسي ، فهي تذكر «الخوف من تعرض النفس أو المال لخطر جسيم حال (présent)» . وقد جاء في بوتييه : «يجب أن يكون هذا الخطر حالاً ، أي أن يكون الشخص مهدداً بالوقوع فيه في الحال إذا لم يفعل ما طلب منه» (الترجمات فقرة ٢٥) . على أن النظرية التقليدية قد عدلت من موقفها في هذا الشأن وتطور الأمر ، فأصبح الحال ليس هو الخطر ذاته . بل الخوف من الخطر (نظرية العقد المؤقت ص ٤٣٠) . وقد كان المشروع البهيدى للقانون الجديد يشترط هو أيضاً أن يكون الخطر حالاً ، فسكت الفقرة الثانية من المادة ١٧٦ من هذا المشروع نص ، كما رأينا ، على ما يأتي : «وتعتبر الرهبة قائمة على أساس إذا كان الطرف الذي يدعيها يعتقد ، تبعاً للظروف ، أن خطراً جسيماً حالاً يهدده هو أو أحد أقربائه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال» . ولكن جاء في المذكرة لاصلاحه لهذا المشروع ما يأتي : «وتعتبر الرهبة قائمة على أساس =

والخطر إما أن يصيب المتعاقد في جسمه أو نفسه ، كخطر يقع على حياته أو على سلامة أعضائه أو ألم نفسي ينزل به . وإما أن يقع على شرفه واعتباره بين الناس أو على الثقة فيه لا سيما إذا كانت مهنته تقتضى التوفر على هذه الثقة كما في التجارة . وإما أن يقع على ماله ، كما إذا هدد في مزروعاته بالإتلاف أو في داره بالحريق . فالخطر الذى يقع على أى شيء يحرص المتعاقد على سلامته يكفى لتحقيق الإكراه .

١٩٥ - الخطر يهدد الغير : وليس من الضروري أن يهدد الخطر المتعاقد المكره نفسه ، فقد يهدد شخصاً غيره عزيزاً عليه فيعتبر الإكراه متحققاً بذلك . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٢٧ التى تقدم ذكرها ، فهى تجيز أن يهدد الخطر الجسيم المهدق المتعاقد المكره نفسه أو غيره . وقد كان المشروع التهديد للقانون الجديد بشرط أن يكون الغير هو أحد أقارب المتعاقد (١) ، ولكن رؤى بحق في المشروع النهائي العدول

== إذا اعتقد من وقع تحت سلطانها أن خطراً جسيماً أصبح وشيك الحلول . وقد عدل في المشروع النهائي عن شرط حلول الخطر ، واستدل به شرط أن يكون الخطر محدقاً ، وهذا أصح وأكثر تنبهاً مع المذكرة الإيضاحية ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٩ - ص ١٨٢) .

هذا وقد تجنبت القوانين الحديثة أن تصف الخطر بكونه «حالاً» ، فلا نجد هذا الوصف في القانون الألمانى ولا في القانون السويسرى ولا في القانون البولونى .

(١) أنظر الفقرة الثانية من المادة ١٧٦ من المشروع التهديدى ، وقد أوردناها في الماشية السابقة . ويعتبر المشروع التهديدى على ما فيه من عيب في تحديد طائفة الأقارب ، أكثر مرونة من القانون المدنى الفرنسى ، فإن هذا القانون في المادة ١١١٣ حدد فريقاً معيناً من الأقارب هم الأصول والفروع وأصاف الزوج والزوجة . وقد اقتضت الفقهاء في تفسير المادة ١١١٣ إلى فريقين : فريق يرى أن الأشخاص المذكورين في النص وردوا على سبيل الحصر ، فإذا هدد الخطر واحداً منهم كانت هناك قرينة دلت على أن الخطر قد أثر في نفس المتعاقد ، وإذا هدد أحداً غيرهم لم تقم هذه القرينة القانونية ولكن للمتعاقد أن يثبت أن الخطر الذى يهدد هذا الغير قد أثر في نفسه إلى حد الإكراه . وينكر الفريق الآخر أن الخطر الذى يهدد أحداً من غير المذكورين في المادة ١١١٣ من شأنه أن يؤثر في نفس المتعاقد إلى حد إفساد رضائه (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٣١ - ص ٤٣٢) .

أما ماورد في المشروع التهديدى فهو لا يحدد صفات معينة من الأقارب كما قد بناء بل ينتظمهم جميعاً . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ماأتى به ، ولا يشترط أن يهدد الخطر للمتعاقد ذاته ، بل قد أثر في نفسه إلى حد الإكراه . وقد تقرر القاضى ثم تقدير درجات القرابة أو الصلة في كل حالة بحسب مذهب ، وأرى بل هذه المبررات في التمسك على سبيل الحصر على نحو ماصر ==

عن هذا الشرط . فليس صحيحاً أن الأقارب هم كل الناس الذين ينزهم الشخص منزلة نفسه ، فهناك الزوج والزوجة ، والخطيب والخطيبة ، بل والأصدقاء ، قد يكون فيهم من يعزهم الشخص إعزازاً يجعله يتأثر مما يعرضون له من الخطر إلى حد أن تفسد إرادته تحت تأثير الحواف الذي يقع في نفسه من جراء ذلك . وليس صحيحاً كذلك أن كل الأقارب ينزهم الشخص منزلة نفسه ، ويتأثر من الخطر الذي يهددهم تأثيراً يفسد رضاه . والأولى أن يترك تقدير ذلك للظروف . فلا يذكر فريق معين من الناس على زعم أنهم هم الأعزاء دون غيرهم . وإنما ينظر القاضي في كل حالة إلى ظروفها الخاصة . ويقدر علاقة المتعاقد بمن يهدده الخطر ، هل هي علاقة وصات إلى الحد الذي يجعل المتعاقد يتأثر من هذا الخطر بحيث تفسد إرادته ، فيبطل العقد ، لا فرق في ذلك بين قريب وزوج وخطيب وصديق (١) .

١٩٦ — المطالبة بمح كوسيلة للإكراه : والإكراه بتحقيق عادة باستعمال وسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع . فتهديد شخص بقتله أو بإحراق منزله إذا لم يمتنع التزاماً ، أو بقتل ولد له اختطفه المسكرة إذا لم يمتنع تعهداً بدفع الفدية ، أو بالتشهير به إذا لم يتعهد بدفع قدر من المال ، كل هذه وسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع .

أما إذا كانت الوسائل مشروعة في ذاتها ويراد بها الوصول إلى غرض مشروع ، بأن يضغط شخص على إرادة شخص آخر من طريق المطالبة

== منح في التقنين الفرنسي (م ١١١٣) وسائر التقنينات اللاتينية (أنظر كذلك المادة ١٩ من المشروع الفرنسي الإبطال) قد يكون أحياناً صبي الحدود لا ينسج لصور جديرة بالرعاية ، وقد يكون أحياناً من السمة بحيث يجاوز الغرض المقصود (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٠) . أما القانون الجديد فقد جاء أكثر إطلاقاً من المشروع التهديد ولم يقيد الغير حتى بأن يكون قريباً .

(١) وقد هجرت القوانين الحديثة هذا المذهب العتيق في تعداد طائفة معينة من الأشخاص ، فلم يذكر القانون الألماني شيئاً من ذلك ، وذكر قانون الالتزامات السويسري الخطر الجدير الدائم الذي يهدد الشخص نفسه أو أحداً من ذويه (م ٣٠) .

هذا ويقع على المتعاقد العيب في إثبات أن الخطر الذي تهدد الغير قد أثر في نفسه إلى حد إفساد رضائه . وقد يكون الغير الذي وقع عليه الإكراه هو نفس الشخص الذي صدر منه الإكراه ، كأن يهدد شخص آخر بأن ينتحر إذا لم يمتنع هذا الأخير عقداً ، ويكون المهدد بالانتحار عزيزاً عند المهدد (نظرية العقد للدولف ص ٤٢٦ حاشية رقم ٥) .

يحق له عليه ، ولا يقصد بهذا الضغط إلا الوصول إلى حقه ، فلا يبطل العقد للإكراه ، كالدائن يهدد المدين بالتنفيذ على ما له إذا لم يعطه تأمينا على عين بالذات ، فيعطيه المدين رهنا . فلا يبطل عقد الرهن في هذه الحالة ، لأن الوسائل التي استعملت للضغط على إرادة المدين وسائل مشروعة ولا يقصد بها الدائن إلا الوصول إلى حقه وهو غرض مشروع . كذلك إذا هدد شخص آخر بتقديمه بلاغا إلى النيابة العامة يتهمه فيه بالتبديد إذا لم يكتب له سنداً أو دعه عنده من مال ، فهذا الإقرار الصادر منه لا يبطل للإكراه ، لأن الوسائل التي استعملت مشروعة ويراد بها الوصول إلى غرض مشروع هو إثبات حق موجود . وكذلك إذا هددت الزوجة زوجها بأن تحبسه في قفصها إن لم يستدن ويعطها ما تنفقه ، فلا يبطل عقد القرض للإكراه . هذا ونظر القانون الجديد صريح في أن الإكراه لا يتحقق إلا إذا كانت الرهبة قد مبعثت «دون حق» في نفس المتعاقد المكروه (١) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا اضطر الأب إلى ضمان دين على ابنه خوفاً من المقاضاة فلا يبطل هذا الضمان للإكراه (٣ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٥١) . وقضت كذلك بأن إجبار الدائنين لعمره على أن تعطيم صاناً لديونهم في ظنهم أن يؤجروا هذه الديون لا يكون إكراهاً مادام الدائنون لم يثبتوا استعمال حقهم (٢٤ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٧٩) . وقضت أيضاً بأن التهديد بالإنهاء إلى طرق مشروعة كسيرة الإجراءات الجنائية لا يعد إكراهاً مادام هذا التهديد لم يتحول إلى استغلال غير مشروع (٢٩ يناير سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٢٢٣ ص ٨٨) ، وبأن تهديد الوارث بالطعن في وصية حتى يحصل بذلك على التنازل له عن جزء من الميراث لا يكون إكراهاً مادام الوارث ليس بـ «بني» . النية (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ٦٤ ص ٦٠) ، وبأن تهديد الدائن بأن يعلن إفلاس مدينه إذا لم يقر المدين ما عليه من الدين لا يكون إكراهاً (١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٨) ، وبأن تهديد شخص لآخر رسا عليه المزايا بأن يزيد عليه العشر حتى يعبره بذلك على أن يبيع له شيئاً مائياً مما رسا به المزايا لا يعد إكراهاً لا سيما إذا كان الثمن الذي دفع في هذا الشيء أكثر من الثمن الذي رسا به المزايا (٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦) ، وبأن الحبس عليه في جريمة تبديد إذا استعمل حقه ضد المدد للحصول على ماله دون زيادة لا يعتبر هذا منه إكراهاً (٢٥ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٥) — وقد قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) وقد سبقَت الإشارة إلى هذا الحكم) بأن المادة ١٣٥ مدني (قديم وتقابل م ١٢٧ جديد) وإن لم تنص على اشتراط عدم مشروعية الفعل الذي يقع به الإكراه البطل للشارطات إلا أن ذلك مفهوم بداهة . إذ الأعمال المشروعة قانوناً لا يمكن أن يرتب عليها الشارع بطلان ما ينتج عنها . وكون الأعمال التي وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة متى تعينت في الحكم بدخل تحت رتبة محكمة النقض لأنه وصفة توفى لواقع معينة يرتب على =

على أنه إذا استعملت الوسائل المشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع ، واستغل الدائن قيام حقه في المطالبة فضغط على إرادة مدينه ، لا للوصول إلى حقه فحسب ، بل ليعز من المدين ما يزيد على حقه . فإن الإكراه يتحقق

== الخطأ فيها الخطأ في تطبيق القانون . فإذا صدر حكم على متأخر بخلافه العين المتأجرة ، وترتب على الشروع في تنفيذ هذا الحكم أن استأجر الشاير ملكك أمين ، فلا يصح القول بأن عقد الإجارة قد شابه من تنفيذ الحكم إكراه مجل له بل يكون هذا القدر صحيحاً متبعاً لكل آثاره (٢ بونية سنة ١٩٣٢ الحاماة ١٣ رقم ٦٢ ص ١٥٧ — بموجعة عمر ١ رقم ٥٥ ص ١٢٠) .

هذا وقد بنى الغرض مشروعاً ولكن تستعمل للوصول إليه وسائل إكراه غير مشروعة . كما إذا هددت امرأة غائرت رجلاً مدة من الزمن بالشهر به بعد خطية له إذا لم يرضى الزاماً بموضعها ما يصيبها من الضرر بسب تركه إياها . في مثل هذا الغرض يمكن القول بأنه رغمًا من عدم مشروعية الوسائل التي تلجأت إليها المرأة ، إلا أن الغرض الذي أرادت الوصول إليه هو غرض مشروع ، فلم تزل يعمل في هذه الحالة للإكراه . وقد قضت محكمة القصر الفرنسية بأنه يجوز استعمال الإكراه للوصول إلى حق أو لأدبية واجب أو للحصول على مصلحة مشروعة (١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٥ سيرة ١٩٢٦ — ١ — ١٢١) . كذلك يجوز أن يحصل شخص بمسريق التهديد على سند حتى له أو على من صد حق أو على الإقرار بالزام طبيعي وتحويله إلى الغرام مدني ، ما دام الغرض الذي يراد الوصول إليه مشروعاً (ديموج ١ فترة ٣١٧) ، وما دام أن الشخص الذي استعمل التهديد لا يحصل على أكثر من حقه (ديموج ١ فترة ٢٩٨) . وقاعدة كهذه ليست في الواقع إلا تطبيقاً للمبدأ الذي ينص بأن الغاية تبرر الوسيلة ، وهي تبيح في الوقت ذاته للشخص أن يستغني حقه بنفسه . مما لا يتبع في ذلك وما دام لا يرتكب عملاً إجرامياً يعاقب عليه القانون الجنائي (بلايول وريير وإسمان ١ فترة ١٩٦ ص ٢٦٣ — ديموج ١ فترة ٣١٨) . ومن هنا ترى وجوب الاحتياط في استعمال هذا الحق ، فإن القصد والاعتدال فيه صعب بقدر ما هو واجب (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٢٩) .

وبعد فنحن إذا نظرنا إلى الإكراه باعتباره عيباً من عيوب الرضا رأينا أنه يفسد الإرادة ، سواء كانت وسائله مشروعة أو غير مشروعة ، وسواء كان الغرض الذي يراد الوصول إليه مشروعاً أو غير مشروع . فالإكراه في جميع هذه الحالات يضغط على الإرادة ويهددها . لذلك يكون من الحق أن نقول إن العقد في صورتين اللتين نحن بصددهما — الصورة التي تكون فيها وسائل الإكراه مشروعة للوصول إلى غرض مشروع والصورة التي تكون فيها وسائل الإكراه غير مشروعة للوصول إلى غرض مشروع — يجوز ، من ناحية منطق الإرادة ، إصالة للإكراه . إلا أنه لما كان الغرض مشروعاً في كل من صورتين ، فإن التعاقد المسكوه إذا استعمل حقه في إبطال العقد يكون قد قص الغرض المشروع الذي أريد من العقد تحقيقه ، وبمجرد هذا منه تصفاً في استعمال حق الإبطال . والتصف في استعمال الحق يستوجب التعويض ، وخبر تعويض ما كان عينياً ، فيمنع التعاقد المسكوه من طلب إبطال العقد . وبين من هذا التحليل أن العقد يبقى في صورتين المشار إليهما لا على أساس من الإرادة الحقيقية =

ويبطل العقد . فمن فاجأ شخصاً متلبساً بجريمة ، فاستغل هذا الظرف واضطر إلى كتابة سند بمبلغ كبير من المال لاحق له فيه ، جاز إبطال العقد للإكراه . أما إذا استكتبه سنداً بمبلغ هو مقدار ما أصابه من الضرر بسبب ارتكاب الجريمة ، فإن الغرض هنا مشروع والعقد صحيح . وإذا هدد دائن مدينه بأن يعلن إفلاسه وابتغى من وراء ذلك الحصول على مال أكثر من حقه ، كان هذا إكراهاً ، أما إذا حصل على حقه فإن الغرض يكون مشروعاً ولا يكون هناك إكراه (١) .

== بل على أساس من التعويض أو من الإرادة الظاهرة . وقد سبقت الإشارة إلى حالات أخرى مماثلة . أما إذا كان الغرض غير مشروع ، سواء كانت وسائل الإكراه مشروعة أو غير مشروعة ، وإكراه متحقق ، والعقد يجوز إبطاله لعب في الإرادة ، وإذا استعمل المتعاقد المكره حقه في إبطال العقد ، فلا يصح القول هنا — والغرض الذي يقصد تحقيقه من العقد غير مشروع — أنه متعسف في استعمال هذا الحق .

(١) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٨ — وفي ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠٦ — وقارن محكمة الاستئناف المختلطة في ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٨ . كذلك إذا هدد رب العمل مستخدمه أن يبلغ عنه لاختلاسات ارتكبها أو يعرض له تعهداً بالأداء في متجر مماثل لمدة معينة كان هذا التعهد باطلاً للإكراه ، لأنه لا علاقة بين ما ارتكبه المستخدم من الاختلاسات وما تعهد به لرب العمل (محكمة باريس الاستئنافية في ٣١ يناير سنة ١٨٩٦ جازيت دي باليه ٩٦ — ١ — ٣٩٨) . وبعد إكراهاً كذلك تهديد الزوج زوجته برفع دعوى الزنا عليها إذا لم تنزل له عن مال لها عنده (محكمة النقض الفرنسية في ٦ فبراير سنة ١٩٠٣ جازيت دي باليه ١٩٠٣ — ١ — ٧٢٨) . وقد قررت محكمة النقض الفرنسية في قضية أخرى هذا المبدأ على الوجه الآتي : « إذا استعمل أحد الطرفين وسائل قانونية ضد الآخر ، فلا يعد هذا في ذاته إكراهاً بالمعنى الذي يقصده القانون » ، ولا يمكن أن يكون سبباً في إبطال العقد الذي ينجم عن ذلك . ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ يجب البحث فيما إذا كان الدائن لم يفعل في الواقع إلا أنه استعمل حقه كما ينبغي أو أنه أساء استعمال هذا الحق . والقاضي حسب الأحوال أن يرى في الوسائل التي استعملت لانتزاع التزامات باعضة من المدين إكراهاً غير مشروع من شأنه أن يقصد الرضا (١٠ نوفمبر سنة ١٩٠٨ سيريه ١٩٠٩ — ١ — ٧٦) .

وقد اشتملت بعض القوانين الحديثة على نصوص تقرر هذا المبدأ كقانون الالتزامات السويسري (م ٢٧ فقرة ٢) والقانونين التونسي والمراكشي (م ٥٢ / ٤٨) والقانون اللبناني (م ٢١٢) والقانون البرازيلي (م ١٠٠) . واشتمل المشروع التيمسدي للقانون الجديد على نص في هذا المعنى ، ونقضت الفقرة الأولى من المادة ١٧٨ بأنه « لا يعتبر إكراهاً الخوف من المطالبة بحق مالم يستغل الضيق الذي وقع فيه الطرف المهدد فينتز منه ما يزيد كثيراً على ما في دمه من حق » . وجاء في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتي : « ومادام الغرض مشروعاً فلا يعتبر الإكراه قد وقع بغير حق . أما إذا كان الغرض من الإكراه غير مشروع ، كما إذا استعمل المكره ضيق المكره ليبتز منه ما يزيد كثيراً على =

١٩٧ - الشوكة والنفوذ الأدبي : ومجرد الشوكة والنفوذ الأدبي

الذى قد يكون لشخص على آخر ، سواء ارتبطا بصلة النسب كما بين الأب وولده ، أو اتصالا برابطة الزوجية أو المصاهرة ، أو لم يتصلا بشيء من ذلك كما بين الوصى والقاصر إذا لم يكونا من ذوى القربى وبين الأستاذ والطالب وبين ذى النفوذ الدينى والمتدين وبين الرئيس والمرؤوس . لا يكفى عادة ليكون وسيلة للإكراه . ذلك أن استعمال النفوذ الأدبي والشوكة أمر مشروع ما دام المقصد من ذلك الوصول إلى غرض مشروع (١) .

أما إذا قصد الوصول إلى غرض غير مشروع ، فلا يرجد في هذه الحالة ما يمنع من الطعن في العقد بالإكراه (٢) . ولا شك في أن موقف الزوجة

منافى ذمته من حق ، فيكون الإكراه على تقيص ما تقدم واقعاً بغير حق . ولو أن حق الذم في هذا الفرض قد اتخذ وسيلة لبلوغ الغرض المقصود . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص في المشروع النهائي اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٥ - ص ١٨٦ في الهامش) .

(١) وكما أن النفوذ الأدبي إذا قصد به الوصول إلى غرض مشروع لا يعد إكراهاً ، كذلك العطف والحنو لا يعتبر وسيلة من وسائل الإكراه . والنفوذ الأدبي سلطة للأب على ولده ، أما العطف والحنو فعلاقة من الأب نحو ولده ، وإذا وجد الولد نفسه منطوفاً بحكم النفوذ الأدبي ، أو وجد الأب نفسه مدفوعاً بحكم العطف الأبوي ، إلى إمساك عقد لا يهبط الملتزم ، فإن هذا العقد لا يكون مشوباً بحسب الإكراه . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن كون أحد الأبناء أثر في والده المقيم معه ليتصرف له تصرفاً في منفعة شيء من ماله لا يعد في حد ذاته سبباً لإبطال العقد (٢١ مارس سنة ١٩٥٥ الاستئناف ص ٣١٠ - أنظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٣ مارس ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٢) . وتقضى المحاكم الوطنية في كثير من القضايا بصحة العقود التي تصدر من الآباء لأولادهم بغير وهم بها عن بقية الورثة بدافع من العطف والحنو .

هذا وسنرى أن بعض هذه العقود قد تقوم على استغلال حوى جامع شبيه زوجة جديدة في نفس زوجها فيؤثرها هي وأولادها على زوجته الأولى وأولادها منها ، وفي هذه الحالة تطبق قواعد الاستغلال وقواعد الاستهواء والسلط على الإرادة التي سيأتي بيانها . والفرق بين الشوكة والنفوذ الأدبي من جهة والاستهواء والسلط على الإرادة من جهة أخرى أن الأولى يفرس فيها أن شخصاً مقامه كبير في عين المتصرف ، كآب أو رئيس أو معلم ، استعمل نفوذه الأدبي . والثانية لا يشترط فيها أن الشخص للسلط على الإرادة له مقام كبير . فقد يكون زوجة أو أولاداً للمتصرف .

(٢) ولكن يشترط أن يكون النفوذ الأدبي كافياً لتأثير في إرادة المتعاقد ، فإذا لم يستعمل الأخ أية وسيلة من وسائل الضغط على أخيه المتزوجتين والمستغنيين عنه — وبخاصة إذا كان هناك خلاف بين الأخ وأخيه — وقد أبرم العقد المتضمن فيه بالإكراه على يد لجنة من العد =

من زوجها والزوج ذو شوكة على زوجته ، وموقف الولد من أبيه وهو يخفض له جناح الذل من الرحمة ، وموقف المتدين من رئيس ديني والدين ذو أثر عميق في النفس . وموقف المروءوس من رئيسه وفي يد هذا إبتقاؤه في العمل أو فصله ، كل هذه مواقف قد تتأثر فيها إرادة الشخص إلى حد كبير ، وليس من الصواب أن يقال إن الشخص يتعاقد مختاراً فيها . فإذا أريد بالعقد وصول إلى غرض غير مشروع ، كعقد التزام باهظ يثقل كاهل الملتزم . لو ما كان يرضاه لولا موقفه ممن يتعاقد معه ، فإن العقد يجوز إبطاله للإكراه (١)

== والشارح ، فلا يمكن أن يقال إن وسائل ضغط قد حصلت من الأخ على أخته أحدثت عندها خوفاً شديداً حملها على قبول ما لم تكونا قبلانه اختياراً (محكمة استئناف أسبوت في ١٢ فبراير سنة ١٩٤٢ الحاماة ٢٢ رقم ٢٤٤ س ٦٩٨) .

وقضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأن مجرد النفوذ الأدبي أو هيبة الأقارب لا يكفي لإبطال العقد ، بل يجب أن يقرن ذلك بوسائل إكراه غير مشروعة (٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٩ س ٥٩) . وقضت أيضاً بأنه إذا كانت المحكمة قد أثبتت بأدلة مقبولة أن حصول المشتري على عقد البيع من البائعة لم يكن بطريق الإكراه بل بطريق الإقناع والتأثير البريء ، وأن وقائع الإكراه التي ادعتها — بفرض صحتها — لم تكن لتؤثر في نفسها تأثيراً يحملها على توقيع العقد لأخيها بغير رضاه وتسلم ، فلا يكون ثمة على لحادتها في ذلك (١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٧ س ٦٢٨) .

(١) وقد قضت محكمة استئناف أسبوت بأن المورثة التي تنقض ما أبرمت من تصرفات سابقة بالبيع والوصية ، وتجرد تجرداً يكاد يكون تاماً من غير مقابل لفائدة رئيس ديني استعمل نفوذه لإبداها عن أقاربها إبداً تاماً ، وأحاطها بخصوصها بالأداء ، وجعلها تتحلل عن دعوى حساب بمبالغ جسيمة كانت قد رفعتها عليهم ، وتطلى لأحدهم توكيلاً عنها ، تدل بهنّه التصرفات والإجراءات المتناقضة على أنها كانت ضعيفة الإرادة ملوبة الرضاء واقعة تحت تأثير الرئيس الديني الذي تسلط عليها تسلطاً جعلها تنقاد لإرادته وتتصرف وفقاً لما عليه عليها وتسير في الطريق التي رسمها ، فالوقفة التي تصدرها في هذه الظروف عن أطيان سبق لها الإيضاء بها بعض أقاربها ، والتي تقيم فيها ذلك الرئيس الديني (المطران) ناطراً وتغرض له التصرف في الربح على الفقراء وغيرهم دون رقيب ولا حسيب ، تكون باطلة طبقاً للواداد ١٢٨ و ١٣٣ و ١٣٦ من القانون المدني (القديم) لأنه دهم (كذا) رضائها وقت التصرف (٨ مايو سنة ١٩٢٩ الحاماة ٩ رقم ٤٧٧ س ٨٦١) .

وتشتمل بعض القوانين الأجنبية على نصوص في هذا الموضوع تقرر أن النفوذ الأدبي وحده لا يكفي لإبطال العقد ، بل يجب أن تقرن به وسائل إكراه أخرى . وقد قضت المادة ١١١٤ من القانون المدني الفرنسي بأن « مجرد الحشية الصادرة عن احترام (la seule crainte révérentielle) واجب للأب أو الأم أو أي أصل آخر ، دون أن يكون هناك إكراه واقع ، لا يكفي لإبطال العقد » . أنظر أيضاً القانونين التونسي والمراكشي (٥١/٥٥) والقانون اللبناني (٢١٢) =

ب - رهبة تحمل على التعاقد

١٩٨ - وجوب الأخذ بالمعيار الذاتي : قدمنا أن المادة ١٢٧ من

القانون الجديد تقضى بأنه يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ... ويراعى في تقدير الإكراه

= والقانون البرازيلي (١٠٠٠) والمشروع الفرنسي الإبطال (٢٠٠) . وهى نصوص متقدمة ، لأنه إذا كان صحيحاً كقاعدة عامة أن مجرد النفوذ الأدنى لا يكفى وحده وسيلة للإكراه ، إلا أن هذا لا يمنع من أن تتحقق حالات يكفى فيها النفوذ الأدنى لإبطال العقد ، وهى الحالات التى يساعد فيها استعمال هذا النفوذ لإبراز التزامات باهضة كما تقدم القول . على أنه يمكن الوصول إلى مثل هذه النتيجة من طريق نظرية التمسك في استعمال الحق ، فإن صاحب النفوذ الأدنى يكون قد تمسك في استعمال نفوذه إذا هو قصد به الوصول إلى غرض غير مشروع ، فيلزم بالتعويض ، وخير تعويض هنا هو إبطال العقد . وكما يقوم العقد على أساس من التعويض وإن أعوزته الإرادة ، كذلك يظل على أساس من التعويض وإن لم تموزه الإرادة . ولأولى إذن أن نسم نظرية الإكراه حتى تناول كل درس من هذه العروس (أنظر نظرية العقد للمؤلف ص ٤٣٨ - ص ٤٣٩) .

وقد اشتمل المشروع التجهى لقانون الجديد على نص في هذا الموضوع . فقضت الفقرة الثانية من المادة ١٧٨ بأنه « لا يعتبر مجرد النفوذ الأدنى ، إذا لم يصحبه تأثير غير مشروع ، سبباً كافياً لإبطال العقد » . وجاء في المدكرة الإيضاحية في هذا العدد ما يأتى : « ونعزى المادة ١٧٨ من المشروع لتطبيقات ثلاثة للإكراه بوصفه عيباً من عيوب الرضاء ... والتطبيق الثانى خاص بالنفوذ الأدنى ، وهو بمجرد لا يوجب الرضاء ، وإنما يبيحه إذا صحبه الإكراه وفقاً لعبارة المشروع الفرنسي الإطالى (المادة ٢٠ أنظر أيضاً التقيينات اللاتينية) ، أو إذا كان هناك « تأثير غير مشروع » على حد تعبير المشروع . ويقصد بعبارة « التأثير غير المشروع » استغلال ، أو إساءة استعمال ، الاحترام الواجب لوالد أو لرئيس أو لرجل من رجال الدين ... الخ . بقصد إبراز مضم فاحش أو منفعة مبرمة . وعلى هذا الوضع يكون النص أرحب سعة مما لو اقتصر الأمر على اشتراط توافر عمل مبین من أعمال الإكراه » . وقد حذف لجنة المراجعة هذا النص في المشروع النهائى اعتماداً على ما تقرره القواعد العامة في هذا الصدد وتكملها قواعد الاستغلال التى وردت في هذا المشروع على ما سئرى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٥ - ص ١٨٦ في الهامش) .

ويعرف القانون الإنجليزى ما يسمى بالتأثير غير المشروع (undue influence) وفيه يضى الشخص استعمال ثقة شخص آخر به أو نفوذه الأدنى عليه . ففى وجدت علاقة تقوم على الثقة ما بين شخصين ، ككاتب وابنه أو كطبيب ومريض أو ككاهن وعمله أو كرئيس دينى ورجل متدين ، واستغل الشخص الموثوق به هذه العلاقة لإكراه الشخص الآخر على إبرضاء عقد ، فإن العقد يكون قابلاً للإبطال . ولكن يجب طلب ذلك في مدة معقولة من وقت انتهاء التأثير غير المشروع (أنظر بولوك في العقد ص ٦٤٨ - ص ٦٨٩ - كارتير في العقد ص ٨٥ - ص ٨٧) .

جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه . وهذا النص قاطع في أن القانون الجديد يأخذ في الإكراه بمعيار ذاتي محض . وقد كان القانون القديم (م ١٣٥/١٩٥) يخلط بين المعيار الذاتي والمعيار الموضوعي مقلداً في ذلك القانون الفرنسي كما سبق القول (١) .

ولا شك في أن القانون الجديد أحسن صنعاً بالاقتصار على المعيار الذاتي وعدم الخلط بينه وبين المعيار الموضوعي ، فإن الإكراه ، كالغلط وكسائر عيوب الرضاء ، ظاهرة من الظواهر النفسية لا يجوز الأخذ فيها بغير المعيار الذاتي (٢) . وهذا ما جرى عليه القضاء والفقه في مصر حتى في ظل القانون القديم (٣) . وهذا هو أيضاً ما أخذت به الشريعة

(١) أنظر آخراً فقرة ١٩٠ - وقد حاول بعض الفقهاء في فرنسا أن يزيل التعارض ما بين المعيارين الذاتي والموضوعي ، وهو التعارض الوارد في المادة ١١١٢ من القانون المدني الفرنسي على ما رأينا ، فذهب إلى وجوب التفريق ما بين المعيارين على الوجه الآتي : إذا كان التعاقد فوق الوسط طبق المعيار الموضوعي ، واكتفى في جسامته الخطر بأن يكون من شأنه أن يؤثر في الوسط من الرجال . أما إذا كان التعاقد دون الوسط وجب تطبيق المعيار الذاتي ، ونظراً إلى حالة التعاقد وسنه وجنسه وما إلى ذلك (كوليه دي سانتيفر فقرة ٢٢ مكررة (١) - بنوار من ٦٠٦ - كولان وكابيتان ٢ من ٢٨٥) . وظاهر أن هناك عيباً واضحاً في هذا التوفيق ، فإن التعاقد إذا كان فوق الوسط فإن إرادته لا تنفذ بإكراه ليس من شأنه أن يمسد براءة من هم فوق الوسط ، فكيف يقال بعد ذلك إن إرادته قد فسدت بمثل هذا الإكراه ! (٢) ولا يوجد مانع من الجمع بين الأخذ بمعايير ذاتية في عيوب الرضاء والأخذ بالإرادة الظاهرة فيما يقتضيه استقرار التعامل . ولا يوجد قانون واحد خلا من هذا الجمع . وإنما القوانين تصاوغ المقتضيات العملية ، فتأخذ تارة بالإرادة الظاهرة والمعايير الموضوعية حيث يوجب اعتبار استقرار التعامل ، وتأخذ تارة بالإرادة الباطنة والمعايير الذاتية حيث يوجب اعتبار العدالة والنظر القانوني . وتتفاوت القوانين في التوفيق ما بين الاعتبارين ، فمنها ما يوجب عليه ترجيح الاستقرار ، ومنها ما يوجب عليه ترجيح العدالة ، ومنها ما يرضى الاعتبارين على حد سواء بالنظر الذي يقتضيه كل منهما فيكون بينهما قواماً .

(٣) محكمة الاستئناف الوطنية في ٢٥ أكتوبر سنة ١٨٩١ الختوف ٦ من ٣٠٢ - محكمة أسبوط الكلية في ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٨ الحامدة ١٠ رقم ٢٢٣ من ٤٤٧ - محكمة الاستئناف المختلطة في ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ من ٤٣١ - وفي ١٩ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ من ٥١٠ - هالتون ١ من ٣١٨ - دي هانس ١ لفظ (convention) فقرة ٤٤ - والتون ١ من ٢٢٦ - من ٢٢٧ - الدكتور عبد السلام ذهني بك فقرة ١٣٤ - الدكتور محمد صالح بك فقرة ٢٧٩ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤١٣ - الدكتور حلمي بهجت بدوي فقرة ٨٨ - الدكتور أحمد حشمت أبو-نيت فقرة ١٨٤ .

الإسلامية (١) والقوانين الأجنبية الحديثة (٢) .

فيجب إذن أن تكون الرهبة التي بعثها إلى نفس المتعاقد المكره التهديد بخطر جسيم محقق في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال رهبة قد ضغطت على إرادته بحيث أصبح ملوب الحرية لا اختيار له فيما أراد ، وأن هذه الرهبة هي التي حملته على التعاقد ودفعته إليه دفعاً . فالرهبة إذن تكون قد أفسدت إرادته ، وهذه هي المسألة الجوهرية التي يجب الوقوف عندها ، وإليها ترد سائر المسائل في الإكراه . وما تقدم ذكره من وجوب التهديد بخطر في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال ، ومن أن الخطر يجب أن يكون جسيماً محدقاً ، إنما هو المظهر المادي للرهبة التي انبعثت في نفس المتعاقد المكره فحملته على التعاقد . وليس الخطر الجسيم المحقق مقصوداً لذاته . بل للنتيجة التي يؤدي إليها من وقوع الرهبة في النفس . وأن تكون هذه الرهبة هي التي دفعت إلى التعاقد ، مراعى في ذلك الحالة الشخصية للمتعاقد المكره . وهذا هو المعنى المقصود من الأخذ بالمعيار الذاتي (٣) .

١٩٩ - تطبيق المعيار الذاتي : فالواجب إذن النظر إلى حالة المتعاقد

الشخصية ، فتعرف إلى أي حد هو يتأثر بالرهبة والخوف ، ويدخل في اعتبارنا كل العوامل التي يكون من شأنها تكثيف نفسه : من جنس و سن وحالة اجتماعية وحالة صحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه كما تقول الفقرة الثالثة من المادة ١٢٧ .

(١) مرشد الحبران م ٢٨٨ : « يختلف الإكراه باختلاف أحوال الأشخاص وسنهم وصفتهم ومناصبهم وجاههم ودرجة تأثرهم من الحبس وانصر كثرة وقلة ، وشدة وضعف » .

(٢) القانون المدني الألماني م ١٢٣ - قانون الالتزامات الويسرى م ٣٠ .

(٣) وهذا ما انتهى إليه الفقه المصري في ظل القانون القديم . وقد جاء في هذا المعنى في كتاب نظرية العقد للمؤلف ماباى : « قلنا إن شرطاً واحداً كان يكفي في الإكراه ، وهو المعيار الذي تقاس به جسامته . فإذا قيل إن الإكراه يجب أن يصل إلى حد من الجسامته بحيث يكون هو الذي دفع إلى التعاقد ، فإن الشروط الأخرى التي ذكرت إلى جانب هذا الشرط تصبح غير ضرورية ... وبتبين مما تقدم أن الشروط التفصيلية التي تتطلبها النظرية التقليدية في الإكراه غير صحيحة في كثير من تطبيقاتها . والأولى أن تنقل هذه الشروط وأن تكفى بالمعيار المرن الذي ذكرناه ، فيتحقق الإكراه إذا وجد ائتماند المكره بالنسبة لظروفه الشخصية في حالة اضطراب ضغطت على إرادته وحجته على التعاقد » (نظرية العقد من ٤٣٧ و ٤٤٤) .

والأثني غير الذكر . والصبي الصغير غير الشاب القوى ، وهذا غير الهرم البالي . والقروى الساذج غير المدنى المتحضر . والعصى غير الهادى . المزاج . والضعيف غير القوى . والمريض غير المعافى . والجاهل غير المتعلم . والغبي غير الذكى . وهكذا . ويجب الاعتداد أيضاً إلى جانب الحالة الشخصية بالظروف والملازمات . فالخطر قد يحدث رهبة فى نفس المتعاقد وهو فى جهة قاصية بعيدة عن الناس ولا يخشاه وهو فى مدينة آهلة بالسكان وعلى مقربة من رجال الأمن . وقد يخشى منفرداً ما لا يخشاه وهو فى جماعة من الناس . وقد يكبرن الخوف أشد ونعاً فى نفسه لئلا منه نهاراً . فالمدكان والزمان وغيرها من الظروف والملازمات تؤثر فى تكيف جسامته لخطر فى نفس المتعاقد (١) .

ومعرفة ما إذا كانت الرهبة هى التى دفعت فعلاً إلى التعاقد مسألة واقع لا رقابة لمحكمة التقض عليها (٢) . وينظر فى تقديرها إلى العوامل التى سبق بيانها . ووجوب الاعتداد بهذه العوامل من مسائل القانون التى تعقب عليها محكمة التقض (٣) .

(١) ويلاحظ أن الخطر إذا كان يهدد المال ، فالمفروض أنه لا يؤثر فى إرادة التعاقد إلا إذا كان المال الذى يتعرض للخطر أكثر مما يفقده الشخص من وراء التعاقد الذى أكره عليه . وقد يكون التهديد بالاستيلاء على المال غصباً سبباً لإسناد الرضاء حتى لو كان صاحب المال يستطيع استرداده بعد غصب ما دام التهديد قد أثر فى إرادته .

ولا يعتبر القانون الإنجليزى الخطر الواقع على المال إكراهاً ، لأنه كان فى استطاعة المتعاقد أن يدع الخطر يتحقق ثم يرجع بتعويض على من تسبب فى ضياع المال (بولوك فى العقد ص ٦٤٥) . ومنه نظرة تفعل احتمال عدم الجدوى فى الرجوع بالتعويض .

(٢) وقد قضت محكمة النفس (الدائرة المدنية) — وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم — بأن لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تقدير درجة الإكراه من الوقائع ، وهل هو شديد ومؤثر أو غير مؤثر فى الشخص الذى وقع عليه الإكراه ، ولا رقابة لمحكمة النفس عليه فى ذلك (٢ يونية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٦٢ ص ١٥٧ — مجموعة عمر ١ رقم ٥٥ ص ١٢٠) .

(٣) وقد قضت محكمة النفس (الدائرة المدنية) بأن جسامته الخطر الذى يشأ منه الإكراه إنما تقدر بالمعيار النفسى للشخص الواقع عليه الإكراه ، وهذا يستدعى مراعاة حاله عملاً بأفادة ١٣٥ من القانون المدنى (م ١٢٧ جديد) . فإذا كان المكفيل قد دفع بيطلاق الكفالة للإكراه قولاً منه بأنه كان له فى ذمة المكفول له دين يستد مسخى وقت الطلب ، فضاء منه السند ، فلجأ إلى مدينه لكتب له بدلا منه . فأبى إلا إذا وقع هو له إقراراً بكفالة أخيه فى دين له قبله ، فلم يجد ماصاً من التسويل ، فريد الحكم على هذا الدفع بأن فقد سند الدين لم يكن =

ج - الجملة التي صدر منها الإكراه

٢٠٠ - الإكراه الصادر من المتعاقد الآخر والإكراه الصادر من الغير

الغیر : كان القانون القديم يميز بين الإكراه والتدليس إذا صدر من الغير . فالإكراه الصادر من الغير يؤثر في صحة العقد ، أما التدليس الصادر من الغير فلا أثر له في ذلك . وكان هذا موضعاً للنقد سقت الإشارة إليه . أما القانون الجديد فقد نبذ هذا التمييز ، وجعل الحكم سواء في الحالتين . فعالج بذلك عيباً ظاهراً من عيوب القانون القديم .

والأصل أن الإكراه يفسد الإرادة كما قدمنا . وسواء صدر الإكراه من أحد المتعاقدين أو صدر من الغير فإن أثر الإكراه من حيث هو عيب في الرضاء لا يختلف ، والإرادة تكون فاسدة في الحالتين . أما من حيث أن الإكراه عمل غير مشروع : فإن المشوّل عن هذا العمل هو المكره ، وهو في إحدى الحالتين غيره في الحالة الأخرى .

والذي يعنينا هنا هو الإكراه بوصفه عيباً في الرضاء . فلا فرق إذن بين إكراه يصدر من أحد المتعاقدين وإكراه يصدر من الغير : كلاهما يفسد الإرادة ويجعل العقد قابلاً للإبطال (١) .

إلا أن هذا الحكم منوط بتوافر شرط هو ذات الشرط الذي أوردناه في التدليس . فالإكراه الصادر من الغير لا يجعل العقد قابلاً للإبطال إلا إذا أثبت المتعاقد المكره أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض

== ليؤثر في إرادة الكمبل، وهو رجل مثقف خبير بالكثوث والمعاملات المالية ، إلى الحد الذي يوجب رضاه بكفالة أخيه ، فهذا رد سديد . وإذا كان الحكم بعد ذلك قد قال بأن فقد السند، بحكم كونه واقعة لا بد للكمبول له فيها ، لا يكون الإكراه البطل للفقود ، فهذا يزيد منه لا يبيح أن يكون قد أخطأ فيه (أول أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٥ ص ٥٨٥) . (١) والقضاء والفقه في مصر متفقان على هذا الحكم حتى في ظل القانون القديم : محكمة الاستئناف المختلطة في ١١ أبريل سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١٣ ص ١٧١ - وفي ١٩ يونية سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٠ - دى هانس ١ لفظ (convontion) فقرة ٤٥ - هالتون ١ ص ٣١٨ - والتون ١ ص ٢٣٤ - الدكتور ذهني بك فقرة ١٣٦ - فقرة ١٤١ - الدكتور محمد صالح بك فقرة ٢٨١ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤٠ - الدكتور حلمي بهجت بدوى فقرة ٨٩ - الدكتور أحمد حشمت أبوسيت فقرة ١٨٦ .

حتمًا أن يعلم . بهذا الإكراه . ذلك أن الإكراه إذا صدر من الغير . ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم به أو يفرض حتمًا أنه يعلم به ، واختار المتعاقد المسكوة بإبطال العقد ، فإنه يصح للمتعاقد حسن النية أن يطالبه بالتعويض ، وخير تعويض هنا هو استبقاء العقد صحيحاً ، فيقوم في هذه الصورة أيضاً لا على أساس من الإرادة الحقيقية . بل على أساس من التعويض . وهذا هو عين ما قررناه في التدليس (١) .

ويلاحظ أن الإكراه في هذه الصورة الأخيرة : حيث يبقى العقد صحيحاً لحسن نية المتعاقد الآخر : إذا لم ينتج أثره كعيب من عيوب الرضاء : فإنه ينتج أثره كعمل غير مشروع ، ويكون للمسكوة أن يطالب الغير الذي صدر منه الإكراه بتعويض ما أصابه من الضرر (٢) .

٢٠١ - الإكراه الصادر عن ظروف تهبأت مصادفة (حالة

الضرورة) : وقد يصدر الإكراه لامن أحد المتعاقدين ولامن الغير . ولكن من ظروف تهبأت مصادفة لا يد لأحد فيها ، واقتصر المتعاقد على الإفادة منها واستغلال الحمل من وقع تحت تأثير هذه الظروف على التعاقد ، كما إذا تقدم شخص لإنقاذ آخر من خطر الغرق أو الحريق أو القتل أو نحو ذلك وحصل منه قبل إنقاذه على تعهد باعطائه مقداراً جسيماً من المال ثمناً لهذا الإنقاذ ، وكما لو اتفق جراح مع مريض على إجراء عملية في نظير أجر باهظ مبالغ فيه . وقد ذهب النظرية التقليدية في الإكراه إلى التمييز ما بين هذا الفرض والفرض الذي يصدر فيه الإكراه من الغير . فإن الإكراه الصادر من الغير يقصد به الضغط على المتعاقد حتى ينتزع منه الرضاء . ومن ثم يؤثر في صحة العقد .

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٩ بوية سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٠ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) . وقارن المادة ٢٩ من قانون الالتزامات والسيسرى . هذا ويصح القول هنا أيضاً بأن القانون الجديد أخذ بالإرادة العاهرة دون الإرادة الباطنة على النحو الذي سبق أن قررناه في صدد الغلط والتدليس .

(٢) وقد اشتمل المشروع التمهيدي على نص في هذا المعنى ، فنضت الفقرة الثانية من المادة ١٧٧ من هذا المشروع بأنه «إذا كان الطرف الآخر لا يعلم بوقوع الإكراه . ولم يكن في استطاعته أن يعلم به ، فليس للمسكوة إلا أن يطالب المسكوة بالتعويض » . وقد حذفت هذه الفقرة في المشروع النهائي لأنها تقرر حكماً مكتمل في قواعد المسؤولية ، كما سبقت الإشارة إلى ذلك (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ١٨٥ و ١٨٧) .

أما الفرض الذى نحن بصدد فالظروف الضاغطة على الإرادة قد تهيأت مصادفة ، ولم يكن الغرض منها الضغط على إرادته المتعاقد ، ولم يفعل المتعاقد الآخر إلا أنه استغلها عند تعاقدته . ولما كانت النظرية التقليدية تشرط فى الإكراه أن ينتزع الرضاء ، وقد ورد فعلا لفظ «الانتزاع» (extorqué) فى المادة ١١٠٩ من القانون المدنى الفرنسى ، فإنها لا تجعل الإكراه الذى تهيأت ظروفه مباشرة ذا أثر فى صحة العقد (١) .

ولكن هذا التمييز الذى تأخذ به النظرية التقليدية لا مبرر له . وهو أثر من آثار القانون الرومانى بقى فى القانون الفرنسى بعد أن زالت مقتضياته (٢) . والصحيح أن الإكراه متحقق فى كلا الفرضين . وما دامت إرادة المتعاقد لم تكن حرة ، بل صدرت تحت تأثير الضغط ، فالإرادة فاسدة ، سواء فى ذلك أن يكون مصدر الضغط هو المتعاقد الآخر أو أجنبى أو ظروف خارجية لا يد لأحد فيها ، فأثر الضغط فى إرادة المتعاقد واحد فى كل هذه الأحوال . فإذا تعرض شخص لخطر الموت ، وتقدم لإنقاذه شخص اشترط أن يأخذ مبلغاً جسيماً من أجل ذلك . فلا فرق . من حيث حرية إرادة المدين ، إذا كان مصدر الخطر الذى يهدده هو من فعل الدائن أو من عمل الغير أو نتيجة الصدفة ، وما دام الدائن قد علم بالظرف الخارجى واستغله فالعقد قابل

(١) أنظر فى هذه النظرية التقليدية : نظرية العقد للمؤام ص ٤٢٥ .

(٢) وذلك أن القانون الرومانى كان يجعل للإكراه جزاء مستقلاً غير إبطال العقد . أما الإكراه الذى تهيأت ظروفه مصادفة فلم يكن عليه جزاء ، لأنه لا يمكن فى هذه الحالة توجيه الدعوى ضد شخص معين صدر منه الإكراه . وانتقلت هذه القاعدة إلى القانون الفرنسى بالرغم من أن هذا القانون يجعل جزاء الإكراه إبطال العقد ، ولا يكفى بدعى تعويض صد من صدر منه الإكراه . وظاهر أن دعوى الإكراه يمكن توجيهها ضد المتعاقد الآخر دون حاجة إلى تلمس شخص صدر منه الإكراه (أنظر بلاتول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٩٥ — أنظر أيضاً جوسران ٣ فقرة ٨٨ وهو يرى أن العقد يكون قابلاً للإبطال فى هذه الحالة لأننا لا ننظر هل كان الدائن ملوماً أو غير ملوم من حيث وجود هذا الإكراه ، بل ننظر هل كان لمدين إرادته حرة مختارة أم صدرت إرادته تحت ضغط دافع) .

وظاهر مما تقدم أن القانون الرومانى كان لا ينظر إلى الإكراه إلا باعتبار أنه عمل غير مشروع ، فإذا تهيأت ظروفه مباشرة فلا مسئولية على أحد ، ولا جزاء على مثل هذا الإكراه . أما الآن فنحن ننظر إلى الإكراه ، لا بوصف أنه عمل غير مشروع غلب ، بل أيضاً بوصف أنه عيب فى الرضاء . فالإكراه الذى تهيأت ظروفه مباشرة إذاً هو الوصف الأول فلا يغتفره الوصف الثانى ، ويكون إذن سبباً فى إبطال العقد .

للإبطال . كذلك الطبيب الذي يستغل خطورة المرض ، فيضطر المريض إلى الالتزام بمبلغ جسيم أجراً للعلاج لا يتناسب البتة مع الأجر الذي يؤخذ عادة ، إنما يتعاقد مع شخص قد فقد حرية الإرادة ، ويجب أن يبطل العقد في هذه الحالة ، ومن ينقذ سفينة على وشك الغرق تلقاء تعهد باهظ من من ربان السفينة ليس له أن يتسلك بهذا التعهد لأن الإرادة قد أفسدها الإكراه .

وقد اشتمل المشروع التمهيدي للقانون الجديد على نص صريح في هذا الموضوع يميز بين ما إذا كان المتعاقد الآخر حسن النية ولم يقصد أن يستغل المتعاقد المهذ بخاطر تهديت ظروفه مصادفة . أو كان سيئ النية وأراد استغلال هذه الظروف . ففي الحالة الأولى وحدها لا يكون للمتعاقد المكروه حق إبطال العقد (١) ، ويستخلص من مفهوم المخالفة أن الإكراه يكون سبباً لإبطال العقد في الحالة الثانية . وهذا التمييز معقول ويجب الأخذ به في ظل القانون

(١) نصت الفقرة الثالثة من المادة ١٧٨ من المشروع التمهيدي — وقد حذفت في المشروع النهائي اكفاءاً بالقواعد العامة — على ما يأتي : « إذا أبرم شخص عقداً للخلاس من خطر جسيم حال ، يهدده هو أو أحد أقاربه ، فلا يترتب هذا العقد قابلاً للإبطال بسبب الإكراه إذا كان الطرف الآخر حسن النية ولم يقصد أن يستغل الطرف المهدد . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « ... أما التطبيق الثالث فهو خاص بنجاة من يمد غيره مهدداً بخاطر جسيم حال لا يده فيه ، فيستغل هذا الموقف . فهو وإن لم يكن المنسب في الطرف الملجئ ، إلا أنه انتفع به للحصول على منفعته فاحش . ويعتبر الإكراه في هذه الصورة عيباً في الرضاء (قانون الاستغلال) . وعلى القيس من ذلك ينتفى الإكراه ويكون الرضاء صحيحاً إذا لم يحاول المتعاقد الآخر في مثل هذا الرضاء أن يحصل على منفعة مفرطة ، بل اقتصر على إنقاذ المتعاقد الآخر في مقابل منفعة معقولة . فباطل الحكم في هذه التطبيقات الثلاثة هو فكرة (الإفراط في النعم) . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ١٨٥ — من ١٨٦ في الفاش) . أنظر أيضاً المادة ١٤٤٧ من القانون الإبطال الجديد .

هذا والحكم بيني صحيحاً حتى لو اعتقد المتعاقد المهدد أن المتعاقد الآخر قد أفرط في النعم ، ما دام هذا الأخير كان حسن النية ولم يهدف إلى استغلال الخطر الذي يهدد المتعاقد معه . فإذا اتفق جراح شهر مع مريض على إجراء عملية خطيرة ، وتقاضى أجراً لمصلحة مريضاً كبيراً ولكنه يتناسب مع خطورة العملية ، فالعقد صحيح حتى لو تمسك المريض فيما بعد بأن إرادته لم تكن حرة وقت التعاقد . وتعليل ذلك أن الطبيب كان حسن النية ، فلم يرض أن المريض لم يكن حر الإرادة وأراد إبطال العقد ، فمن حق الطبيب أن يتقاضى تعويضاً من المريض في هذه الحالة ، وخير تعويض هو استبقاء العقد صحيحاً كما مر ذلك في صور مختلفة .

الجديد . وإذا كان المشروع النهائي قد أغفل هذا النص فلم يكن ذلك لأنه أراد مخالفة حكمه ، بل هو قد اعتمد على القواعد العامة في تقرير هذا الحكم (١) ، وبخاصة على قواعد الاستغلال . وسرى ذلك فيما يلي .

§ ٤ — الاستغلال (*)

(L'exploitation)

٢٠٢ — الاستغلال والغبن : الغبن هو المظهر المادي للاستغلال . ويمكن تعريف الغبن بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه .

(١) وقد أخذ بهذا الرأي الفقه والقضاء في مصر حتى في ظل القانون القديم : والدون ١ من ٢٣٢ — من ٢٣٨ — الدكتور دهبي بك فقرة ١٣٥ — الدكتور محمد صالح بك فقرة ٢٨٢ — نظرية العقد للدولت فقرة ٢١ — الدكتور حلمي بهجت فقرة ٨٩ — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٨٧ — وأبطل محكمة الاستئناف المختلطة الاتفاق الذي يقدر في حالة الاضطراب الناجم من وجود سببية في خطر (٢٢ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ س ١٦٦ ، وكتبت بإعطاء دعوى الفصل (١١ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ س ٢٣٥) . أطر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة في ١٣ يونيو سنة ١٩٠٩ م ٢١ س ٣ — وفي ١٨ يونيو سنة ١٩٢٥ م ٣٨ س ٥٤ — وفي ٢٥ يناير سنة ١٩٣٣ م ٥٥ س ١٤١ (وفي هذا الحكم الأخير ذكرت المحكمة في أساس الحكم أن القانون المصري (القديم) لم يسل من القانون الفرنسي كلمة « يتزع » (extorqué) الواردة في المادة ١١٠٩ من هذا القانون الأخير ، والتي كانت السبب في أن الفقه الفرنسي لا يجعل حالة الاضطراب التي تنهات مصادرة إكرهاً بطل العقد)

هذا والقانون المقارن في هذا الموضوع معه إلى جعل حالة الاضطراب مؤثرة في صحة العقد ، وسرى ذلك عند الكلام في نظرية الاستغلال (نظرية العقد للتؤات ص ٤١ : حاشية رد).

(*) نعم المراجع : ريبير في القاعدة الحقة فقرة ٦١ وما بعدها — حوسران في الباعث

في الأعمال القانونية فقرة ٩١ — ديمونس (Demontes) في الغبن في العقود ما بين المالكين سنة ١٩٢٤ — لويس لوكاس (Louis — Lucas) في المص والعقد سنة ١٩٢٦ — الرسائل : هام (Hayem) باريس سنة ١٨٩٩ — جريليه (Grelhier) باريس سنة ١٩٠٨ — ديولون (Dyol) مونيليه سنة ١٩١٩ — موري (Maury) تولوز سنة ١٩٢٠ — كولزون (Coulezon) مونيليه سنة ١٩٢٤ — ميمان (Memin) باريس سنة ١٩٢٤ — هاون (Haon) مونيليه سنة ١٩٢٧ — موريكس (Morix) سنة ١٩٢٩ — بروج (Proga) باريس سنة ١٩٣١ — دالم (Dalern) باريس سنة ١٩٣٩ — فالون (Valmont) باريس سنة ١٩٣٩ — أنظر أيضاً مقال الأستاذ ريكول في مجلة مصر المصرية سنة ١٨ ص ١٨٩ — من ٢١٥ — نظرية العقد للدولت ص ٤٤٥ وما بعدها — الدكتور حلمي بهجت بدوي ص ٢١٥ وما بعدها — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص ١٤١ وما بعدها .

ويستخلص من هذا التعريف : (١) أن الغبن لا يتصور إلا في عقود المعاوضة غير الاحتمالية . أما عقود المعاوضة الاحتمالية وعقود التبرع فلا يتصور فيها الغبن ، لأن الأولى طبيعتها تقضى بوقوع الغبن على أحد المتعاقدين ، ولأن الثانية يعطى فيها أحد المتعاقدين ولا يأخذ فلا محل للكلام عن عدم التعادل بين ما أخذ وما أعطى (١) . (٢) أن الغبن يقدر وقت تمام العقد . فينظر إلى التعادل في هذا الوقت . ولا عبرة بتغير القيم بعد ذلك . (٣) أن الغبن يصعب الاحتراز منه ، فلا بد من التسامح في الغبن اليسير والوقوف عند الغبن الفاحش ، وبهذا التمييز العملي يقول الفقه الإسلامي .

٢٠٣ - تطور الغبن من نظرية مادية للغبن إلى نظرية نفسية

المستعمل : والغبن مشكلة اجتماعية لم يهتد القانون إلى حلها حلاً مرضياً . فهي قائمة على اعتبارات اقتصادية وأدبية غير ثابتة ، فإذا ساد المدنية مذهب الفردية وما يتبعه من سيطرة مبدأ سلطان الإرادة ، رأينا القانون لا يقيم للغبن وزناً . ثم إذا تطورت المدنية وضعف مذهب الفردية ومبدأ سلطان الإرادة ، تدخل القانون لمنع الغبن .

كان الرومان متشبعين بروح الفردية ، ومن أجل ذلك لم يكن القانون الروماني يعبأ بالغبن . ولما ساد الدين المسيحي أوروبا في القرون الوسطى ، انتكصت روح الفردية . وإذا كان مذهب سلطان الإرادة أخذ في الظهور منذ ذلك الوقت ، فإن رجال الكنيسة قيدوا هذا المبدأ بالعدالة وبالحماية للضعيف من استغلال القوى ، وتوسعوا في نظرية الغبن ، فحرموا الربا في عقود القرض ، وحددوا للسلع أثمناً وللعمل أجره ، وهذا ما كانوا يسمونه بالثمن العدل (juste prix) وبالأجر العدل (juste salaire) . وعنيت الشريعة الإسلامية بحالة معينة من حالات الغبن وهي العقود الربوية ، فحرمت الربا وتعقبت في جميع مظان وجوده . ثم عادت روح الفردية وساد مبدأ سلطان الإرادة ، فضاقت من تحريم الغبن ما كان قد اتسع . وعادت القوانين لاتعتد

(١) وسنرى أن الاستغلال قد يقع في العقود الاحتمالية بل وفي عقود التبرع ، فهو أوسع مدى من الغبن .

بالغبن إلا في أحوال معينة . وقويت هذه النزعة في الثورة الفرنسية ، فألغت الثورة حتى تعيين الحد الأقصى للفائدة وحتى تحريم الغبن في بيع العقار . وورث القانون المدني الفرنسي ، ومن ورائه القانون المدني المصري القديم . هذه التقاليد . فجاءت أحكامها ضيقة في الغبن . وقد ألزم القانونان نظرة مادية للغبن . فالغبن فيهما لا يؤثر في صحة العقود إلا في حالات استثنائية ندر عليها ، والعبارة في الغبن بالقيمة المادية للشيء لا بالقيمة الشخصية بالنسبة إلى المتعاقد . والغبن عيب قائم بذاته مستقل عن عيوب الرضاء . وهو عيب في العقد لا عيب في الرضاء ، وآيته ألا يكون هناك تعادل بين قيمة ما أعطى المتعاقد وقيمة ما أخذ على أن يصل الاختلال في التعادل إلى رقم محدود . وأظهر حالة للغبن في القانون المدني المصري القديم حالة البيع إذا وقع على عقار القاصر (م ٣٣٦-٣٣٧/١٩-٤٢٠) . وهناك حالات أخرى كانت منتشرة في نواحي هذا القانون . كالفائدة لا يزيد حدها الأقصى على ٨ في المائة . وكعقد الوكالة يجوز فيه أن يعاد النظر في أجر الوكيل .

وقد تطورت هذه النظرية المادية في الغبن إلى نظرية نفسية في الاستغلال أخذ بها أكثر التقنينات الحديثة . والفرق ما بين النظريتين يتلخص في أمرين : (أولاً) في النظرية الأولى ينظر إلى قيمة الشيء نظرة مادية لا نظرية شخصية ، فالعبارة بقيمة الشيء في حد ذاته ، وتحدد هذه القيمة تبعاً للقوانين الاقتصادية وأحكام قانون العرض والطلب . أما في النظرية الأخرى فالعبارة بالقيمة الشخصية وهي قيمة الشيء في اعتبار المتعاقد ، إذ قد يكون الشيء تافهاً في ذاته كبيراً في نظر من يريد الحصول عليه لاعتبارات ترجع لظروف شخصية . ويرتب على النظرية المادية لقيمة الشيء أنه إذا اختل التعادل في العقد بالنظر إلى هذه القيمة ، فإن الغبن يتحقق حتى لو لم يخل التعادل بالنظر إلى القيمة الشخصية للشيء ، فقد يكون المتعاقد على بينة من قيمة الشيء المادية ولكن يشتره بثمن أكبر ، غير مخدوع ولا مضطر . لأن قيمته الشخصية تعادل الثمن الذي بذله . في مثل هذه الحالة يعتبر المتعاقد : طبقاً للنظرية المادية ، مغبوناً ما دام التعادل قد اختل بالنسبة إلى القيمة المادية ، مع أنه كان عالماً بهذه القيمة ولم يخدع في أمرها ولم يضطر إلى التعاقد . أي أنه لم يكن ضحية غلط أو تدليس أو إكراه . فالغبن إذن في النظرية المادية هو كما قدمنا

عيب مستقل قائم بذاته . وهو عيب يقع في العقد لا في الرضاء . أما الذي يترتب على النظرة الشخصية لقيمة الشيء فهو ألا يكون هناك غبن إلا إذا رضى المتعاقد أن يدفع ثمناً هو أكبر من هذه القيمة الشخصية ، وهو لا يفعل ذلك إلا إذا كان واحماً في قيمته ، أو مخدوعاً فيها . أو مضطراً إلى التعاقد ، ولا يكون هذا إلا نتيجة طبش أو رعونة أو عدم تجربة أو عوز أو حاجة . ومعنى ذلك أن الغبن لا يتحقق في مثل هذه الحالة إلا إذا وقع المتعاقد فيما يقرب من الغلط أو التدليس أو الإكراه . فلا يكون الغبن إذن في النظرية الشخصية عيباً مستقلاً قائماً بذاته وواقعاً في العقد ، بل هو مظهر من مظاهر عيوب الرضاء . (ثانياً) ودرجة الاختلال في التعادل ينظر إليها في النظرية الأولى نظرة مادية ، فهي درجة محددة ، بل هي رقم مرصود . فالغبن الذي يزيد على الخمس كما في الشريعة الإسلامية والقانون المصري ، أو الربع كما في القانون الفرنسي بالنسبة إلى القسمة ، أو النصف كما كان الأمر في القانون الفرنسي القديم ، أو سبعة أجزاء من اثني عشر كما في القانون الفرنسي بالنسبة إلى بيع العقار ، هو الغبن الذي يعتد به ويستوجب الجزاء إبطالا أو تكملة . وقد يكون الغبن فاحشاً من الناحية الشخصية ، بالنسبة إلى ظروف التعاقد الخاصة ، ولكنه لا يبلغ القدر المحدد من الناحية المادية ، فلا يعتد به في هذه الحالة ولا يؤثر في صحة العقد . أما النظرية الشخصية فتتخذ في تحديد درجة الاختلال في التعادل معياراً مرناً ، فهي لا تحدد رقماً يجب أن يصل الغبن إليه ، بل تترك ذلك لظروف كل حالة ، ويكفي أن يصل الاختلال في التعادل ما بين القيمتين إلى حد باهظ .

وغنى عن البيان أن النظرية المادية فيها مزية التحديد . وفي هذا ضمان لاستقرار التعامل ، إذ يمكن للوهلة الأولى أن تعرف هل في العقد غبن ، ولا يقتضى ذلك أكثر من عملية حسابية تقدر بها قيمة الشيء المادية . ونسب هذه القيمة إلى الثمن . فإن وصل الغبن إلى القدر المحدد اعتد به . ولكن عيب النظرية المادية هو عدم مرونتها . فهي من الدقة الحسائية بحيث لا تصلح حلاً عادلاً لمساائل اجتماعية يتغلب فيها العنصر النفسى ، وتختلف ظروفها فتختلف الحلول المناسبة لهذه الظروف . وقاعدة واحدة جامدة تطبق تطبيقاً حاسباً على جميع المسائل . دون نظر إلى الفروق ما بين مسألة وأخرى . تكون

قاعدة طائلة رنماً من مظهر خداع فيها للعدالة .

وقد اعتنقت التقنيات الحديثة النظرية النفسية . وجعلت من الغبن نظرية عامة تنطبق على جميع العقود . فتقضى القانون المدنى الألمانى فى المادة ١٣٨ بىطلان التصرف القانونى الذى يستغل به الشخص حاجة الغير أو خفته أو عدم تجربته ليحصل لنفسه أو لغيره ، فى نظير شئ يؤديه ، على منافع مالية تزيد على قيمة هذا الشئ . بحيث يدين من الظروف أن هناك اختلالاً فادحاً (disproportion choquante) فى التعادل ما بين قيمة تلك المنافع وقيمة هذا الشئ . وتقضى المادة ٢١ من قانون الالتزامات السويسرى بأنه فى حالة اختلال التعادل اختلالاً واضحاً (disproportion évidente) ما بين تعهد أحد المتعاقدين وتعهد المتعاقد الآخر ، يجوز للمتعاقد المغبون فى غضون سنة أن يعلن بطلان العقد ويسترد مادفعه ، إذا كان قد دفع إلى هذا الغبن من طريق استغلال حاجة وقع فيها أو خفته أو عدم تجربة . وتقضى المادة ٢٢ من المشروع الفرنسى الإبطالى بأنه إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين بعيدة عن كل تعادل (hors de toute proportion) مع ما حصل عليه بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، بحيث يفترض تبعاً للظروف أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف ، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص الالتزامات (١) .

(١) أنظر أيضاً القانون الإيطالى الجديد (م ١٤٤٨ الفقرة الأولى) والقانون البولونى (م ٤٢) والقانون اللبئانى (م ٢١٤) والقانون النمساوى (م ٨٧٩) والقانون الصيى (م ٧٤) . وقد قدم النائبان الفرنسيان جيبال وديبان (Guibal et Dupin) إلى مجلس النواب الفرنسى فى ٢٠ يونيه سنة ١٩٢٠ مشروع قانون يكمل المادة ١١١٨ من القانون الفرنسى نصاً عاماً يحرم الاستغلال فى جميع العقود ، فيقضى بأن يكون الغبن سبباً فى إبطال العقد إذا كان الاختلال فى التعادل ما بين الالتزامات التى تنشأ عنه جسيماً ، وكان هذا يرجع إلى استغلال حاجة الطرف المغبون أو خفته أو عدم تجربته (أنظر الوثائق البرلمانية الفرنسية : مجلس النواب سنة ١٩٢٠ الملحق فقرة ١١١٢ ص ١٧٨٦) .

هذا ويستخلص من بحث أجرى فى البلاد التى تتضمن قوانينها المدنية نصراً عاماً فى الاستغلال على النحو الذى تقدم ذكره أن هذه النصوص نادرة التطبيق ، وكان كثير من النقاد يتوهمون عكس ذلك ويغشون من أن هذه النصوص تكون مدعاة لكثرة التقاضى (أنظر مذكرات غير مطبوعة للأستاذ مورل (Moral) فى بعض مسائل متعلقة بتكون العقود وبقيتها المزمرة : باريس سنة ١٩٤٨ — ١٩٤٩ ص ٣٨٧) .

٢٠٤ — **القانون المصري الجديد** : وقد سائر القانون المصري الجديد التقنيات الحديثة وأخذ بالنظرية النفسية في الاستغلال ، فنص في المادة ١٢٩ على ما يأتي :

« ١ — إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جاحماً ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد » .

« ٢ — ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة » .

« ٣ — ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوق الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٧٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

« ١٥ — إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل مطلقاً مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد ، أو لا تتعادل مطلقاً مع التزامات المتعاقد الآخر ، بحيث يكون مفروضاً ، تبعاً للظروف ، أن الطرف المغبون قد استغل حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه ، أو بحيث يتبين بوجه عام أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف ، فيجوز للقاضي بناء على طلب الطرف المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد . ويسرى هذا الحكم حتى إذا كان التصرف الذي صدر من الطرف المغبون تبرعاً . ٢ — ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوق الطرف الآخر دعوى البطلان إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن » . وقد أدخلت لجنة المراجعة بعض تعديلات على المادة ، وأصبح رقمها ١٣٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب كما وردت في المشروع النهائي . أما لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ فقد تناقشت طويلاً في هذه المادة ، وكانت تميل في أول الأمر إلى حذفها ، ثم اتجهت إلى تقييدها على الوجه الآتي : « ١٥ — إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جاحماً ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد . ٢ — ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة . ٣ — ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوق الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن » . ونلاحظ أن أهوى معناه الشهوة الساعية لا المودة والعضف ، وقد ترك تحديد الجيش والمهوى =

وقد حرص القانون الجديد على أن ينص في المادة ١٣٠ على أن ويراعى في تطبيق المادة السابقة (م ١٢٩) عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود أو بسعر الفائدة (١) . والعقود التي يشير إليها أهمها عقد البيع إذا وقع على عقار القاصر وعقد القسمة وعقد الوكالة وعقد الشركة وعقد القرض إذا اشترطت فيه الفائدة والشرط الجزائي . وسيأتي بيان ذلك عند الكلام في هذه العقود . والمهم أن الغبن في هذه الحالات قام على أساس النظرية المادية ، فلم يعتبر عيباً في الرضاء بل عيباً في العقد . واعتد في

== لتقدير القاضي . وراعت اللجنة في التعديل الذي أجرته أن تعدل عن التوسع الذي احتاره من المشروع وأن تجعل أساس النص ذمراً على استغلال الطيش بين أو الهوى الجامح . وحدثت من الفقرة الأولى عبارة « ويسرى هذا الحكم ولو كان التصرف الذي صدر من الطرف الموعود تبعاً لأنها من قبيل التبريد . وأضافت قيداً يتعلق بمعاد رفع الدعوى . وجاء في ملحق لتقريرها ما يأتي : « اترح حذف المادة ١٢٩ الخاصة بالاستغلال إذ قد يكون في استغلالها ما يهدد المعاملات ، ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن وضع أحكام خاصة في شأن الاستغلال لا يقتصر أثره على دعم الأسس الحقيقية في تنظيم المعاملات بل يدور ذلك إلى زيادة القضاء من غناء التعاليل على الصيغ وتحصيل القواعد ما لا تضيق بضمها . والقضاء في ظل القانون الحالي قد استلست فكرة الإنعاش والنسب والاعواء وتوسع في تطبيق (العدو في النسبة) عندما يكون دافعاً إلى التعاقد وتوسل بشئ الواسائل دفع المحور في صور كثيرة من صور الاستغلال حفلت بها مجموعات الأحكام . وما من شك في أن هذه الحالة بذاتها تفرس شعاعاً لاحتالات من خلاف التقدير وتفاوت مزاج المتهدين في استئذان خروج على القواعد العامة ولا تعين على توطيد الاستقرار في قليل أو كثير . لذلك رأيت اللجنة أن أفراد من الاستغلال يكون أدعى إلى إدراك المتعاملين لما قد يتعرض له القعد من طعن في نطاق صيق وأصاح الحدود . ولكنها موست فلم تر أن يكون نطاق هذا النص رحباً على عرار نظيره في أكثر النقابات الحديثة ، ومنها النقابتين الألماني وسويسري والبولوني والبناني والمشروع الفرنسي الإبطال ، بل اقتصر في على حالي « الهوى الجامح والطيش بين » .

وأصبح رقم المادة ١٢٩ ، ووافق مجلس الشيوخ على الماد كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٩ — م ٢٠٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٨٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

« ويراعى في تطبيق المادة السابقة عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود وما يسمح به القانون من سعر الفائدة . فعدله لجنة المراجعة على الوجه الوارد في نص القانون الجديد ، لجعل النص أدق في الدلالة على المعنى المقصود ، وأصبح رقم المادة ١٣٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم وافقت عليه لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ ، وأصبح رقمه ١٣٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٠٣ — م ٢٠٤) .

الشيء بقيمته المادية لا بقيمته الشخصية ، ووقفت النصوص في بعض هذه الحالات عند رقم محدد التزمته عند تقدير الغبن .

فإذا تركنا جانباً حالات الغبن المتقدم ذكرها ورجعنا إلى الاستغلال في نظريته العامة التي تتناول جميع العقود . وهي النظرية الشخصية التي تضمنها نص المادة ١٢٩ سالفة الذكر ، رأينا أن للاستغلال عناصر متى توافرت ترتب الجزاء الذي نص عليه القانون .

فنحن نتكلم : (أولاً) في عناصر الاستغلال . و(ثانياً) في الجزاء الذي يترتب عليه .

١ - عناصر الاستغلال

٢٠٥ - **العنصر الموضوعي والنفسى** : للاستغلال عنصران ،

أحدهما موضوعي وهو اختلال التعادل اختلالاً فادحاً . والآخر نفسي وهو استغلال ضعف في نفس المتعاقد .

٢٠٦ - **العنصر الموضوعي** : أوردت المادة ١٢٩ العنصر الموضوعي

للاستغلال في العبارة الآتية : « إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقداً الآخر » . وهذا هو اختلال التعادل اختلالاً فادحاً كما قدمنا .

وفي عقد البيع ، لا يشترط التعادل بين التزامات البائع والتزامات المشتري ، فقد يغبن أحد المتعاقدين ولا يمنع الغبن من صحة البيع . ولكن إذا اختل التعادل اختلالاً فادحاً بين قيمة المبيع الذي التزم به البائع والثمن الذي التزم به المشتري ، فإن العنصر الموضوعي للاستغلال يتحقق .

وفي الوعد بالبيع ، إذا كان الواعد قد التزم مثلاً ببيع منزل كبير القيمة لقاء ثمن زهيد ، بحيث يكون التعادل بين التزام الواعد ببيع المنزل وما حصل عليه من فائدة بوعده هذا وهو الثمن الزهيد قد اختل اختلالاً فادحاً ، فإن العنصر الموضوعي للاستغلال هنا أيضاً يتحقق .

وفي الحالة الأولى يكون الاختلال الفادح واقعاً بين التزامات أحد المتعاقدين والتزامات المتعاقداً الآخر . وفي الحالة الثانية يقع الاختلال الفادح

بين التزامات المتعاقد وما حصل عليه من فائدة بموجب العقد .
والعبرة في تقدير قيمة الشيء بقيمته الشخصية بالنسبة إلى المتعاقد ، لا بقيمته
المادية في ذاته . فقد تكون القيمة المادية لمنزل أربعة آلاف ، فيرغب شخص
في شرائه بخمسة آلاف لأن قيمة المنزل بالنسبة إليه تبلغ هذا الثمن . فالعبرة
هنا بالقيمة الثانية دون الأولى . ولو اشتراه الراغب فيه بخمسة آلاف أو
بمبلغ أكبر بحيث لا يكون الاختلال فادحاً بين ما دفعه وما اعتبر قيمة
شخصية للمنزل . فإن العنصر الموضوعي للاستغلال لا يتحقق ، أما إذا
دفع ثمناً عالياً يزيد كثيراً على هذه القيمة الشخصية ، كأن دفع ثمانية آلاف
مثلاً . جاز القول بأن الاختلال في التعادل اختلال فادح .

فالفداحة في اختلال التعادل معيارها مادي كما نرى . ولكن هذا المعيار
ليس رقماً ثابتاً ، بل هو معيار متغير تبعاً للظروف في كل حالة . فقد نتحقق
الفداحة بثمانية آلاف في المثل المتقدم ، وقد نتحقق بمبلغ أقل ، وقد لا نتحقق
إلا بمبلغ أكبر . والمقاضي هو الذي يقدر بأى مبلغ نتحقق . وينظر في ذلك
إلى ظروف كل من المشتري والبائع وإلى جميع الملابسات الأخرى . فالمسألة
هنا مسألة واقع لا مسألة قانون ، ومحكمة النقض لا رقابة لها في ذلك إلا من
حيث قصور التسبيب ، فإذا بينت محكمة الموضوع الظروف التي جعلتها تقدر أن
الاختلال في التعادل فادح ، وكان بيانها في ذلك كافياً ، فلا تعقيب لمحكمة
النقض . وععب الإثبات يقع على عاتق المتعاقد المغبون ، فهو الذي عليه أن
يثبت الفداحة في اختلال التعادل .

وأكثر ما يكون الاختلال فادحاً في عقود المعاوضة المحددة (contrats commutata)،
(tifs) فقيماً يأخذ المتعاقد ويعطي ، وهو يعرف على وجه محدد مقداراً مأخذ ومقدار
ما أعطى ، سواء في ذلك أخذ لنفسه أو أخذ لغيره كما في الاشتراط لمصلحة
الغير . ولكن قد يقع ذلك أيضاً في العقود الاحتمالية (١) ، وهي عقود

(١) وقد جاء في الذكر الإيضاحية للشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « وتحسن
الإشارة إلى أن العقود الاحتمالية ذاتها يجوز أن يطمئن فيها على أسس الثبن إذا اجتمع فيه معنى
الإفراط ومعنى استغلال حاجة المتعاقد أو طيشه أو عدم خبره أو ضعف إدراكه » . (مجموعة
الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٩١) . وقد نص القانون اللبناني صراحة على ذلك ، فجماعت الفقرة
الأخيرة من المادة ٢١٤ من هذا القانون ما يأتي : « العقود الاحتمالية ذاتها قد تكون قابلة
للابطال بسبب الغش » .

تنطوى على احتمال المكسب والخسارة كما هو معروف . إذ ينبغي أن يكون هناك نوع من التعادل معقول بين احتمال المكسب وقيمته من جهة واحتمال الخسارة وقيمتها من جهة أخرى . فإذا كان احتمال الخسارة في جانب أحد المتعاقدين أرجح بكثير من احتمال المكسب ، وكان مقدار الخسارة في الوقت ذاته لا يقل كثيراً عن مقدار المكسب ، كان الاختلال في التعادل فادحاً . فلو أن شخصاً أمن منزله من الحريق . وكان المنزل بعيداً كل البعد عن التعرض لخطر الحريق ولم يؤمنه صاحبه إلا تلبية لطلب دائن ارتهن المنزل ، واشترطت شركة التأمين أن يدفع المؤمن له أقساطاً سنوية عالية ، احتمال خسارتها أرجح بكثير من احتمال احتراق المنزل فتقاضى تعويض عنه هو مبلغ التأمين ، ولم يكن هناك فرق كبير بين مقدار القسط السنوى وبين مبلغ التأمين ذاته ، ففي مثل هذا العقد الاحتمالى وهو عقد التأمين قد يتحقق أن يكون الاختلال في التعادل ما بين التزامات المؤمن له والتزامات شركة التأمين اختلالاً فادحاً .

ولا يمكن القول في عقود التبرع إن هناك اختلالاً فادحاً في التعادل . لأن المتبرع يعطى ولا يأخذ . ولكن الاستغلال بالرغم من ذلك يقع في التبرعات كما يقع في المعاوضات . بل هو أشد وطأة في الأولى منه في الثانية . وإذا جاز أن يتحقق الاستغلال فيما يخل فيه التعادل . فإن الاستغلال يكون أكثر تحقّقاً فيما لا تعادل فيه أصلاً . والفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ من القانون الجديد : وهي تجيز في عقود المعاوضة توقي دعوى الإبطال بتكملة البدل ، تفيد ضمناً أن الاستغلال قد يقع في غير عقود المعاوضة أى في عقود التبرع (١) . أما كيف يقع الاستغلال في التبرعات فإن ذلك سهل التصور ، بل هو كثير الوقوع فعلاً . فقد يتبرع شخص بجميع ماله - ويغلب أن يتم ذلك عن طريق هبة في صورة بيع - لزوجته الثانية وأولاده منها . مضيعاً بذلك على زوجته الأولى وأولاده منها ميراثهم الشرعى ، ويكون هذا التبرع قد صدر نتيجة لاستغلال

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن النص الآتى : « ويسرى هذا الحكم حتى إذا كان الصرف الذى صدر من الطرف المتيقن تبرعاً » . ولكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت هذا النص لأنه من قبيل التبريد ، وقد أُلغيت الإشارة إلى ذلك (أنظر فقرة ٢٠٤ في الخامس) . وبقيت الفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ وهي تفيد ضمناً كما رأينا أن الاستغلال قد يقع في عقود التبرع .

زوجته الأولى ضعفه أو هواه . وهنا لا يقال إن التعادل مختل اختلافاً قادحاً . بل يقال إنه غير موجود أصلاً ، فالتبرع أعطي دون مقابل . وهو لم يرض بهذا التبرع إلا نتيجة استغلال لطيشه البتين أو لهواه الجامح .

بل قد يجاوز الاستغلال العقود إلى التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد ، كما إذا أوصى شخص بجميع ما يملك الإيضاء به لشخص استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامعاً ، فالوصية هنا يعيها الاستغلال : وهي ليست عقداً بل عملاً قانونياً صادراً من جانب واحد .

٢٠٧ - العنصر النفسى : أما العنصر النفسى للاستغلال فقد

أوردته المادة ١٢٩ فى العبارة الآتية : « وتبين أن المتعاقد المغبون لم يرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامعاً » . وكان المشروع التمهيدى لهذا النص يجرى على الوجه الآتى : « بحيث يكون مفروضاً تبعاً للظروف أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه ، أو بحيث يتبين بوجه عام أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف » . ثم أصبح نص المشروع النهائى كما يأتى : « وتبين أن المتعاقد المغبون قد استغل طيشه أو حاجته أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه ، أو تبين بوجه عام أن رضاه لم يصدر عن اختيار كاف » . ويلاحظ أن المشروعين التمهيدى والنهائى قد توسعا فيما يصح أن يستغل فى المتعاقد المغبون : الحاجة والطيش وعدم الخبرة وضعف الإدراك . بل ذهب إلى مدى أبعد ، فصرحاً بأن العبرة فى كل هذا ألا يكون رضاه المتعاقد المغبون قد صدر عن اختيار كاف . والمشروعان فيما توسعا فيه يتفقان مع التقنيات الأجنبية الحديثة التى تضمنت نصوصاً عامة فى الاستغلال ، وقد سبقت الإشارة إليها . ورأيناها تستعمل الألفاظ ذاتها . ولكن عندما عرض المشروع النهائى على لجنة مجلس الشيوخ آثرت اللجة ألا تتوسع فى الاستغلال توسع التقنيات الأجنبية ، وأن تقتصر فيما يصح أن يستغل على الطيش والهوى ، مع اشتراط أن يكون الطيش بيناً والهوى جامعاً ، إمعاناً فى تضيق الدائرة التى يطبق الاستغلال فيها ، خشية من التحكم ، ورغبة فى انضباط التعامل واستقراره (١) .

(١) وقد ترتب على تطبيق الدائرة التى يطبق فيها الاستغلال أن أصبحت المادة ١٧٨ من

فالعنصر النفسى فى الاستغلال ينحصر إذن فى أن أحد المتعاقدين يستغل فى التعاقد الآخر طيشاً يئناً أو هوى جاحماً . وفى القضاء المصرى أمثلة بارزة على ذلك . فكثيراً ما يعمد رجل طاعن فى السن إلى الزواج من امرأة لا تزال فى مقتبل عمرها . وليس من النادر أن تعتمد الزوجة إلى استغلال ما تلقاه عند زوجها من هوى ، فتسكتبه من العقود لنفسها ولأولادها ما تشاء ، وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك . وقد تزوج امرأة غنية من زوج شاب عن ميل وهوى ، فيعمد الزوج إلى استغلال الزوجة وابتزاز مالها عن طريق عقود يمليا عليها . وقد تشتري امرأة حريتها من زوج قديم تؤثر عليه زوجاً جديداً ، فيطلقها الزوج القديم لقاء مبلغ طائل من المال . وقد يلقي الطابش والنزق بشاب ورث مالا كثيراً فى أيدي المرابين والمستغلين ، فيستكتبونه من العقود ما يجرده من الكثير من ماله ، وهم يستغلون فى ذلك نزقه الشديد وطيشه البين . كل هذه أمثلة نثرناها من حياتنا المصرية لتدل بها على أن الاستغلال ليس بالأمر النادر ، بل هو شئ يقع فى الحياة ، وإذا وقع كان القضاء فى أشد الحاجة إلى نص يعالج به ما يعرض له من الأفضية فى ذلك (٢) . وهو إذا ترك إلى القواعد العامة يتلمس العلاج فى عيب بالذات من عيوب الرضاء ، أو يتلمسه فى قواعد العدالة ، كما كان يفعل من قبل

= المشروع التيمدى — وهى المادة التى حذفت من المشروع التهاى وترعر كما أسلفنا لحالات خاصة فى الإكراه هى حالة الخوف من المطالبة بحق وحالة النفوذ الأدبى وحالة الضرورة — نصاً كان من المفيد استقازؤه لأن نظرية الاستغلال أصبحت بعد هذا التعديل تضيق بالحالات المشار إليها . وقد قدمنا أنه يمكن اعتبار المادة ١٧٨ المحذوفة ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة فى الإكراه ، فيستغنى عنها بتطبيق هذه القواعد .

(٢) وقد عرضت فلا هذه الأفضية وأمثالها على الحاكم المصرية فى ظل القانون القديم فكانت تعالجها فى بعض الأحوال معالجة ناقصة عن طريق تطبيق القواعد العامة (فى الإكراه) أو عن طريق تطبيق قواعد العدالة ، وفى أحوال أخرى كانت تبر وراء القضاء الفرنسى فى نظرية الاستهواء والنسائط على الإرادة التى سبأتى ذكرها فيما بل :

وقد قضت محكمة القس (الدائرة المدنية) بأنه إذا كان المحكم قد بى قضاءه ببطان عقد البيع على فساد رضاء البائع لكونه متقدماً فى السن ومصاباً بأمراض منمعية من شأنها أيضاً أن تنسف إرادته فيصير سهل الاقتياد خصوصاً لأولاده القيمين معه الذين صدر العقد لهم ، فإنه لا سبيل إلى الجدل فى ذلك لدى محكمة القس لتعلقه بتقدير محكمة الموضوع لوقائع =

في ظل القانون القديم ، فإنه لا يثبت أن يضطرب عليه الأمر ، ويكون بين أن يفسر النصوص على غير ما وضعت له ، أو أن يتحرر منها فينفلت إلى تيه ليست فيه معالم مستقرة ولا ضوابط يسترشد بها في خطاه .

== الدعوى (٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٩ من ٢٩٦) . وقضت في حكم ثان بأنه متى كانت المحكمة قد استخلصت من وقائع الدعوى وطروفا أن السند الخالب بقينه صدر من المورث بمحض إرادته واختباره ، ولم يؤخذ منه بالاستهواء أو بالسلط على الإرادة ، وكان هذا الاستخلاص سائماً ، فلا تدخل لمحكمة النقض لأن ذلك من سلطة قاضي الموضوع (٢٩ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٥ من ١٥٢) . وفي قضية تالفة كانت الزوجة تريد أن يطلقها زوجها حتى تزوج من آخر ، فاستغل الزوج هذه الظروف ، وحصل من زوجته على مال وسندات ومزمل وعقد توكيل وعقد إيجار بما تناهز قيمته خمسين ألفاً من الجنيهات ، ثم طلقها ، ولا ضعت الزوجة في هذا التصرف ، قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن ما أفضته الزوجة لزوجها يعتبر بدل خلع ، ولكن الزوجة كانت في حالة اضطراب عند تقرير هذه الالتزامات بذمتها ، وأن الرأي الصواب الذي يتحقق به العدل (أى تطبيقاً لمبادئ العدالة) هو تخفيض هذه الالتزامات إلى الحد المناسب (محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ من ٧٢٣) . وقد قضت محكمة النقض هذا الحكم على أساس أن بدل الخلع في الشريعة الإسلامية يجب أن يكون مقترناً بصيغة الطلاق وأن المسألة على كل حال يجب أن تحال على القضاء الشرعي للفصل فيها (نقض مدني في ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٦ من ١٧٨) . وقد أعيدت القضية إلى محكمة الاستئناف ولكن المصوم لم يروا البير في الدعوى النصرية التي قضت محكمة النقض أن تنفي الدعوى المدنية بسببها ، وانفقوا على تسوية النزاع فيما بينهم .

وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا ثبت أن سند دين صدر من شخص وهو في حالة مرضية كانت حياته فيها مهددة بالحضر مما جعله يفكر في الانتحار ويحاوله مراراً ويبتعد بالفعل ، فضلاً عن كونه في حالة عقلية تجعله ملوب الإرادة ، فتعاقده غير مبني على رضاه صحيح ، ولا تلزم ورثته بوفاء ما تعهد به في هذا السند (٣١ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٨٦ / ٢ من ١٦٧) . وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأنه إذا استغل أحد المتعاقدين حالة الاضطراب التي وجد فيها المتعاقد الآخر للوصول إلى غرض غير مشروع أى إلى الترام باهظ ، فالعقد يكون باطلاً للإكراه ، فإذا صدرت عدة تعهدات تحت تأثير ضغط الإرادة ونتيجة استغلال رغبة جامحة ، فللمحكمة إقرار التعهدات التي أجازها التمهيد بمحض اختياره بعد زوال الإكراه والحكم بطلان ما لم يميزه منها صراحة أو ضمناً (أول ديسمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٦١ / ٢ من ٣٤٣) — أنظر أيضاً محكمة استئناف مصر الوطنية في ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ من ١١٧١ — ومحكمة أسيوط الكلية في ١٢ يونية سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ من ٢٦١ .

مما . ولا كان القانون المدني الفرنسي لا يتضمن نصاً عاماً في الاستدلال ، فقد خلق الله ==

وبلاحظ أن هذا العنصر النفسى يقتضى أن يكون التعاقد المغبون « لم يرم العقد إلا لأن التعاقد الآخر قد استغل فيه طبيشاً بيناً أو هوى جامعاً » . ومعنى هذا إن يكون الاستغلال قد وقع من التعاقد الآخر ، وأن يكون هذا لاستغلال هو الذى دفع التعاقد المغبون إلى التعاقد . ويترتب على ذلك أمران : (أولهما) أن إرادة المستغل تكون إرادة غير مشروعة ، فإنها انصرفت إلى استغلال التعاقد المغبون . وهذا عمل غير مشروع (١) . وإذا كان المستغل لا يد له فيما أصاب التعاقد المغبون من طيش أو هوى ، إلا أنه قد استغل فيه ما أصابا من ذلك ، وهذا ما يحمل الاستغلال قريباً من الإكراه إذا تهيأت ظروفه مصادقة على ما مر بنا (٢) . (والأمر الثانى) أن إرادة التعاقد المغبون تكون إرادة معيبة ، فهى إرادة ضال بها الطيش البين أو ضغط عليها الهوى الجامح ، وقد دفع بها الاستغلال إلى التعاقد ، فالمعيار هنا معيار نفسى كما هو الأمر فى سائر عيوب الرضاء .

ووقوع الاستغلال دافعاً إلى التعاقد مسألة واقع لا مسألة قانون ، فلا تعقيب عليها من محكمة النقض . ولكن الوصف القانونى لوقائع الاستغلال ، وأن ما يصح استغلاله مقصور على الطيش البين والهوى الجامح ، مسألة قانون تبسط عليها محكمة النقض رقابتها .

== والغضاء الفرنسيان نظرية الاستهواء (Captation) أو الاستهواء (séduction). وقد قصرهما على عقود التبرع دون عقود المعاوضة . ولا ترى فرقا بين نظرية الاستغلال فى عقود المعاوضة ونظرية الاستهواء فى عقود التبرع . والجزاء فى الحالتين واحد هو قابلية العقد للإبطال . والأولى إدماج نظرية الاستهواء فى نظرية الاستغلال واعتبارهما نظرية واحدة . وقد رأينا التضاء فى مصر يلجأ إلى نظرية الاستهواء عند ما كانت نظرية الاستغلال تموز (قضى مدنى فى ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر : رقم ٥٥ ص ١٥٢ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم — قارن استئناف محتاط فى ١٨ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٦٧ — وانظر آتفاً بقرة ١٩٧ فى الهامش) . ويرى الدكتور وديع فرج فى مذكرات له غير مطبوعة التفرقة ما بين نظرية الاستغلال ونظرية الاستهواء ، ويذهب فى هذا إلى مدى بعيد ، ويقول إن الجزاء فى الاستغلال هو البطلان النسبى أما الجزاء فى الاستهواء فهو البطلان المطلق (أنظر ص ١٣٨ من هذه المذكرات) .

(١) أنظر سالى فى إعلان الإرادة باريس سنة ١٩٢٩ بقرة ٩٨ على المسادة ١٣٨ من القانون الألمانى .

(٢) أنظر سالى المرجع المتقدم بقرة ٩٩ (م ١٣٨ ألمانى) . وانظر آتفاً بقرة ٢٠١ .

وعلى التعاقد المغبون يقع عبء إثبات هذا العنصر النفسى . إذ هو عنصر مستقل عن العنصر المادى ، لا مستخلص منه ولا مفروض . والنص صريح فى هذا المعنى إذ يقول : « وتبين أن التعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن التعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامعاً » . وهذا بخلاف نص المشروع التمهيدى الذى يجعل العنصر النفسى مفروضاً بوجود العنصر المادى فيقول : « بحيث يكون مفروضاً تبعاً للظروف أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته » .

٢٠٨ - عرق الاستغلال بعيوب الرضاء : قدمنا أن العنصر

النفسى يقتضى أمرين : أن إرادة التعاقد المستغل تكون إرادة غير مشروعة . وأن إرادة التعاقد المغبون تكون إرادة معيبة .

فإذا نحن اعتبرنا الأمر الأول . كان العقد الذى أملاه الطرف المستغل عقداً غير مشروع . وإذا نحن اعتبرنا الأمر الثانى . كان هذا العقد ذاته — الذى لم يرض به الطرف المغبون إلا عن ضلال من طيشه أو ضعف من هواه — عقداً قد داخله عيب من عيوب الرضاء .

بالاعتبار الأول أخذ القانون الألمانى (م ١٣٨) . وجعل عقد المستغل باطلاً بطلاناً مطلقاً لمنافاته للأداب (١) . وبالأعتبار الثانى أخذت التشريعات الحديثة الأخرى ومعها القانون المصرى الجديد . وجعلت العقد قابلاً للإبطال أو للإناقص لعب في إرادة التعاقد المغبون (٢) .

(١) أظن سأل المرجع المتقدم فقرة ٩٥ — فقرة ٩٧ (م ١٣٨ ألمانى) .
(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا العدد ما يأتى به ولم يأخذ المشروع بمذهب التقنين الألمانى فيما يتعلق باستغلال التعاقد ، بل انقضى أثر المشروع الفرنسى الإيضالى . وليس معنى هذا التقنين (الألمانى) أن المغبون قد خضع لتأثيره . يستغل القلب عليه بإرادته ، وإلا كان من أثر ذلك إلحاق الاستغلال بعيوب الرضاء . ولكن يعبه أمر مختلف هو أن الطرف الآخر قد استغل فيمن تعاقد معه ما لم به من صف وما اشته عليه من عوز . فليس ينطوى الأمر على عيب فى الرضاء ، بل هو ينطوى على عمل مخالف للأداب صدر من التعاقد الذى حصل على منفعة لا تتناسب مع التزاماته . ولذلك كان الجزاء هو البطلان المطلق لا البطلان النسبى ... تلك وجهة التقنين الألمانى . وقد أثر المشروع أطرافها واتباع ما اختاره المشروع الفرنسى الإيجالى فى هذا العدد . فلم يعتبر الفن عملاً مخالفاً للأداب ، بل اعتبره عيباً من عيوب الرضاء يستتبع وجوده بطلان العقد أصلاً نسبياً « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٩٠ - ص ١٩١) .

ويعتينا هنا أن نقف عند الاعتبار الثانى ، وهو الذى أخذ به قانوننا المصرى الجديد . مقتضياً فى ذلك أثر المشروع الفرنسى الإيطالى وكثير من التقنيات الحديثة . فالاستغلال ، وفقاً لهذا الاعتبار ، لا ينظر إليه على أساس أنه عمل غير مشروع صادر من الطرف المستغل ، بل على أساس أنه عمل من شأنه أن يعيب إرادة الطرف المغبون . ذلك أن المتعاقد المغبون إذا هو استغل فيه طيشه البين كان مضللاً ، وكان العيب الذى يداخل إرادته أقرب ما يكون إلى التدليس أو الغلط . وإذا ما استغل فيه هواد الجامح ، كان العيب الذى يداخل إرادته أقرب ما يكون إلى الإكراه . والأمر فى كل ذلك واضح ، فإن المتعاقد المغبون لا يتصور أن يكون قد قبل هذا الغبن الفاحش الذى يختل به التعادل بين ما أخذ وما أعطى اختلالاً فادحاً ، إلا أن يكون قد وقع فى تدليس أو غلط فى حالة الطيش البين ، أو أن يكون ضحية إكراه فى حالة الهوى الجامح . ولكن الغلط والتدليس والإكراه فى حالات الاستغلال عيوب لا تتميز تميزاً كافياً حتى يقام الدليل عليها ، بل هى عيوب مفترضة ، ويكفى فى افتراضها أن يقام الدليل على الاستغلال بعنصره المادى والنفسى . لذلك لم يقتصر الجزاء فيها على قابلية العقد للإبطال ، بل وضع بدلاً عن هذا الجزاء فى بعض الأحوال جزاء آخر هو قابلية العقد للإنقاص ، وجعلت المدة التى ترفع فيها دعوى الإبطال أو دعوى الإنقاص سنة واحدة من تاريخ العقد . فخالفت دعوى الإبطال للاستغلال . بهذا وذلك . دعاوى الإبطال الأخرى التى تترتب على الغلط والتدليس والإكراه . وهذا ما نتولى الآن بيانه .

ب - الجزاء الذى يترتب على الاستغلال

٢٠٩ - **دعوى بطلان** : إذا توافرت شروط الاستغلال التى أسلفنا ذكرها «جاء للقاضى ، بناء على طلب المتعاقد المغبون ، أن يطل العقد أو أن ينقض التزامات هذا المتعاقد » . ويتبين من ذلك أن القانون يترتب على الاستغلال إحدى دعويين : دعوى إبطال ، ودعوى إنقاص . وسواء طلب المتعاقد المغبون الإبطال أو طلب الإنقاص ، فإنه يجب أن

يرفع دعواه في « خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة » (م ١٢٩ فقرة ثانية) . والسنة هنا ميعاد لرفع الدعوى لا مدة للتقادم ، فإذا انقضت السنة دون أن يرفع المتعاقد المغبون دعواه . ورفعها بعد ذلك ، كانت الدعوى غير مقبولة كما يقضى بذلك صريح النص . ويقال عادة في هذا الصدد إن السنة ميعاد إسقاط (déchéance) لا ميعاد تقادم (prescription) . والفرق بين الميعادين أن ميعاد الإسقاط لا ينقطع ولا يقف . بخلاف ميعاد التقادم فيرد عليه الانقطاع والوقف . وتبدأ السنة من وقت تمام العقد ، ونحسب بالتقويم الميلادى (م ٣ من القانون الجديد) .

والحكمة في أن القانون جعل ميعاد رفع الدعوى في الاستغلال مدة قصيرة . وجعله ميعاد إسقاط لا ينقطع ولا يقف . هي الرغبة في حسم النزاع بشأن العقود التي يداخلها الاستغلال . فلا يبنى مصير العقد معلقاً مدة طويلة على دعوى مجال الادعاء فيها واسع فسيح . وفي هذا حماية للتعاقد واستقرار للتعامل . أما دعوى الإبطال في الغلط والتدليس والإكراه فسرى أنها لا تسقط إلا بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال (م ١٤٠) . وهذه المدة هي فوق ذلك مدة تقادم لا ميعاد إسقاط . فيجوز أن تطول إذا قام بها سبب من أسباب الانقطاع أو الوقف . والعلة في ذلك أن الطعن في العقد بالغلط أو بالتدليس أو بالإكراه أمر من الميسور نسبياً تبين وجه الحق فيه ولو طال الزمن إلى ما بعد السنة . فإن كلا من الغلط والتدليس والإكراه شيء يستطاع التثبت من وجوده بأيسر مما يستطاع التثبت من وجود الاستغلال (١) .

٢١٠ — دعوى الإبطال: وإذا اختار المتعاقد المغبون دعوى الإبطال جاز للقاضي أن يجيبه إلى طلبه فيبطل العقد إذا رأى أن الاستغلال عاب رضاه

(١) ولم يكن المشروع التمهيدى يفرق في هذا الصدد ما بين دعوى الإبطال والغلط والتدليس والإكراه ودعوى الإبطال أو الإنقاس في الاستغلال ، فكل هذه الدعاوى كانت تقادم ثلاث سنوات (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٤٧) . ولكن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أدخلت التعديل الذي يقضى بهذا التفريق كما مر بنا (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٠٠ — ص ٢٠١) .

المتعاقد المغبون إلى حد أن أفسد هذا الرضاء . وأن المتعاقد المغبون لم يكن ليبرم العقد أصلاً لولا هذا الاستغلال . أما إذا رأى القاضى أن الاستغلال لم يفسد الرضاء إلى هذا الحد ، وأن المتعاقد المغبون كان دون استغلال يبرم العقد لو أن التزاماته لم تكن باهظة ، رفض القاضى إبطال العقد ، معاوضة كان أو تبرعاً . واقصر على إنقاص الالتزامات الباعضة على الوجه الذى سيأتى بيانه . والخيار ما بين إبطال العقد وإنقاص الالتزامات يسترشد فيه القاضى بملاسات القضية وظروفها ، فالمسألة إذن - مسألة واقع لا معق عليها من محكمة النقض .

ودعوى الإبطال للاستغلال يجرى عليها أحكام دعاوى الإبطال الأخرى ، وسيأتى ذكر هذه الأحكام عند الكلام فى بطلان العقد . ولكنها تتميز عن سائر هذه الدعاوى فى أمرين :

(الأمر الأول) المسألة التى ترفع فيها الدعوى ، وقد مر ذكر ذلك .

(والأمر الثانى) أن الطرف المستغل يجوز له أن يتوقى الحكم بالإبطال

عقود المعاوضات إذا هو عرض على الطرف المغبون ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن . وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ على هذا أخكم فقالت : « ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن » . فإذا كان العقيد معاوضة كالبيع ، وطالب البائع المغبون بإبطاله للاستغلال ، جاز للمشتري أن يعرض زيادة فى الثمن ترفع الغبن عن البائع . فإذا رأى القاضى أن الزيادة التى عرضها المشتري تكفى لرفع الغبن ، اكتفى بها وامتنع عن إبطال العقد . ومقدار الزيادة الذى يكفى لرفع الغبن يرجع إلى تقدير القاضى . ولا يشترط أن تكون الزيادة بحيث تجعل الثمن معادلاً لقيمة الشئ . بل يكفي أن تكون بحيث تعمل الغبن الذى يتحمله البائع لا يفضل إلى حد الغبن الفاحش . وينظر القاضى فى تقدير ذلك إلى ملاسات القضية وظروفها ، ولا تعقب عليه محكمة النقض ما دام التسبيب واقعياً . وعنى عن البيان أن ما قدمناه من دفع زيادة ترفع الغبن لتوقى دعوى الإبطال لا يطبق على عقود التبرع ، فإن من تلقى التبرع لم يدفع أى مقابل تصح زيادته لرفع الغبن .

٢١١ - **دعوى الإنقاص** : وإذا اختار المتعاقد المغيون إنقاص التزاماته الباهظة ورفع من باديء الأمر دعوى الإنقاص، أو رفع دعوى الإبطال ولكن القاضي رأى الاقتصاد على إنقاص التزاماته ، قضى بإنقاص هذه الالتزامات إلى الحد الذي لا يجعلها باهظة (١) . وهذا أيضاً موكول لتقدير القاضي ينظر فيه وفقاً للملايسات القضائية وطروفيها ، كما هو الشأن في الزيادة التي يعرضها الطرف المستغل لرفع الغبن فيما مر بنا . والمسألة هنا أيضاً مسألة واقع لا رقابة حكمة النقض عليها . ففي البيع المتوب بالاستغلال إذا رفع البائع المغيون دعوى الإنقاص ، أو رفع دعوى الإبطال ولكن رؤى الاقتصاد على الإنقاص ، جاز للقاضي أن ينقص من المبيع القدر الذي يراه كافياً لرفع الغبن الفاحش عن البائع . ولا يشترط هنا أيضاً أن يكون الباقي من المبيع معادلاً للثمن . بل يكفي ألا يكون هناك غبن فاحش إذا قبل هذا الباقي بالثمن .

ولا يجوز وقت النظر في إنقاص التزامات البائع الباهظة أن يعدل القاضي عن إنقاص التزامات البائع إلى الزيادة في التزامات المشتري . بأن يزيد في مقدار الثمن بدلاً من أن ينقص في قدر المبيع . فإن نص القانون لا يجيز ذلك ، ولأنه إذا كان إنقاص مقدار المبيع لا يؤذى البائع بل يرفع عنه الغبن . فإن الزيادة في الثمن تدنوذي المشتري إلى حد أن يؤثر العدول عن الصفقة . وإلما تجوز الزيادة في الثمن إذا رغب المشتري نفسه في ذلك بأن ترفع عليه دعوى الإبطال فيتوقاها بعرض زيادة في الثمن يراها القاضي كافية لرفع الغبن كما مر .

ويجوز الإنقاص في عقود التبرع التي داخلها الاستغلال كما يجوز الإبطال ، وينقص القاضي التبرع إلى الحد الذي ينفى معه أثر الاستغلال .

(١) وإذا صح للقاضي أن يحكم بالإتقاص ولو طلب المتعاقد المغيون الإبطال ، فإنه لا يصح له أن يحكم بالإبطال إذا طلب المتعاقد المغيون الإتقاص . لأن هذا قد قدر مسلحة واقتصار على الإتقاص ، فلا يصح للقاضي أن يحكم بالإبطال ولا اعتبر أنه قد قضى للخصم بأكثر مما طلب . وبخى القاضي . متقيداً بطالب الإتقاص إذا تقدم به المتعاقد المغيون حتى لو كان الطرف الآخر أثر على إتقاص الالته إبطاله ، ذلك أنه لا يستطيع أن طالب إبطال عقد استغل هو فيه الطرف المغيون .

٢١٢ - دفع ملوجه من اعتراض على نظرية الاستغلال : خشى

كثيرون من هذا النص العام الذى ورد فى القانون الجديد عن الاستغلال، ورأوا فيه ما يعرض التعامل إلى التقلقل وعدم الاستقرار . وحسبوا أنه سيكون مصدراً لكثير من المنازعات والدعاوى . ولا نرى ما يبرر هذا التخوف . فإن القضاء المصرى قد واجه فعلاً أفضية الاستغلال فى الأمثلة التى قدمناها . وعالجها بالقدر الذى استطاع عن طريق تطبيق القواعد العامة . وقد رأينا أن القواعد العامة لا تكفى هنا ، وأن نصاً عاماً فى الاستغلال . لا سيما إذا شمل هذا النص حالات الاستهواء أيضاً . تفرضه الضرورة وتوجه مقتضيات التعامل . فيواجه القاضى ما يعرض له فعلاً من حالات الاستغلال بنص صالح تنضبط به المعاملات . وتقطع معه أسباب الخلاف والتردد .

والغريب أن خصوم نظرية الاستغلال يناقض بعضهم بعضاً . وفريق منهم يرى أن هذا النص العام فى الاستغلال سيكون مصدراً لكثرة المنازعات والدعاوى (١) . وفريق آخر يقول على النقيض من ذلك إن النص نادر التطبيق . وإن أفضية الاستغلال التى طرحت أمام المحاكم فى البلاد التى اشتملت قوانينها على هذا النص كانت من القلة بحيث أصبح النص عديم الجدوى (٢) . وسنرى ما يصير إليه الأمر فى مصر بعد أن تطبق المحاكم المصرية النص الذى اشتمل عليه القانون الجديد (٣) .

(١) ومن هؤلاء الدكتور وديع درج إذ يقول فى مذكراته غير المطبوعة (ص ١٣٤) ما يأتى : « ولا أبالغ إذا قلت إن هذا النص الخاص بالاستغلال سيعرض المعاملات لشيء كبير من القلقة وعدم الاستقرار ، وسيكون مصدراً غزيراً للمنازعات والدعاوى » .

(٢) أنظر بلانيول وريبير وبولانجيه باريس سنة ١٩٤٩ جزء ٢ فقرة ٢٧١ - وانظر أيضاً مذكرات غير مصبوعة للأستاذ مورل (Morrel) فى بعض مسائل متعلقة بتكوين العقود وقوتها الملزمة : باريس سنة ١٩٤٨ - سنة ١٩٤٩ ص ٣٨٧ (وقد سبقت الإشارة إليها آنفاً فقرة ٢٠٣ فى الهامش) .

(٣) ونغى عن البيان أن العقود التى تكون قد أبرمت قبل نفاذ القانون المدنى الجديد تسرى عليها القانون القديم ، فلا تطبق بالنسبة إليها قواعد الاستغلال التى مر ذكرها ، بل يقتصر فيها على تطبيق القواعد العامة على الوجه الذى كان معمولاً به فى القانون القديم . أما العقود التى تكون قد أبرمت منذ نفاذ القانون الجديد (أى منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) ، فهذه هى التى تسرى عليها المادة ١٢٩ من هذا القانون .

الفرع الثانى

المحل

(L' Objet)

٢١٣ - تعريف محل الالتزام: محل الالتزام هو الشيء الذى يلتزم

المدين القيام به . والمدين يلتزم كما قدمنا إما بنقل حق عيى أو بعمل أو بالامتناع عن عمل .

والالتزام بنقل حق عيى إنما هو التزام بعمل . ولكن لما كان الأصل أن هذا الالتزام يتم تنفيذه بمجرد نشوئه . فقد صار من المألوف أن يقال إن محل الالتزام بنقل حق عيى هو هذا الحق العيى ذاته . فإذا كان الحق العيى حق ملكية امتزج بالشيء المملوك وأصبحا شيئاً واحداً . فصار الالتزام بنقل الملكية محله هو الشيء ذاته الذى تنتقل ملكيته .

٢١٤ - الشروط الواجب توافرها فى محل الالتزام : يستخلص

من نصوص القانون الجديد (م ١٣١-١٣٥) أن محل الالتزام يجب أن يكون :
(١) موجوداً إذا كان شيئاً (أى محلاً للالتزام بنقل حق عيى) . أو ممكناً إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل . (٢) معيناً أو قابلاً للتعين . (٣) قابلاً للتعامل فيه (١) .

(١) انظر القانون رقم ١٤٩/٩٥ . ومما تضمن على أنه " يجب أن يكون العرض من العهد ممكناً جائزاً . وإلا كان باطلاً . فإن كان العرض منه إعطاء شيء ، وجب أن يكون ذلك الشيء مما يجوز التنازع فيه ولم يعبه بالبورق وأن يكون منتهىه مبنياً بكيفية تمنع الاشتباه على حسب الأحوال " . وقد شتمل المشروع المبدى للقانون الجديد على نص يسرد شروط المحل على هذا النحو ، وضمت المادة ١٨١ من هذا المشروع على ما يأتى : " يجب أن يكون محل الالتزام الذى ينشأ عن العقد أمراً ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعين وحائزاً شرعاً ، وإلا كان العقد باطلاً " . ولكن لجنة المراجعة حدث هذا النص فى المشروع النهائى اكتفاء بالأحكام الفصلية التى وردت فى المواد التسابعة (١٣١ م - ١٣٥) . (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٢٠٧ فى المامش) .

المبحث الأول

المحل موجود أو ممكن

١ - المحل موجود

٢١٥ - معنى الوجود : إذا كان الالتزام محله نقل حق عيني ، فالشيء الذى تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً . والمعنى المقصود من الوجود هو أن يكون الشيء موجوداً وقت نشوء الالتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك . وقد يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلاً لا على شيء ممكن الوجود . فإذا لم يكن الشيء موجوداً فى هذه الحالة - حتى لو أمكن وجوده فى المستقبل - فإن الالتزام لا يقوم . كذلك يكون الحكم إذا وجد الشيء ثم هلك قبل نشوء الالتزام . أما إذا هلك بعد نشوء الالتزام ، فإن الالتزام يكون قد قام وقت نشوئه على محل موجود . ويكون العقد بعد ذلك قابلاً للفسخ إذا تسبب عن هلاك الشيء عدم قيام أحد المتعاقدين بما التزم به . فإذا لم يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلاً وقت نشوء الالتزام ، يجوز أن يقع الالتزام على شيء يوجد فى المستقبل .

٢١٦ - المحل المستقبل : رأينا أنه يجوز التعاقد على محل مستقبل . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣١ من القانون المندى الجديد صراحة على ذلك إذ تقول : « يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً (١) » . وقد يبدو أن هذا

(١) أنظر تاريخ النص فيما يلى (فقرة ٢١٧ فى الهامش) وانظر المادة ٢٦ من المشروع الفرنسى الإيطالى . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يجب أن يكون محل الالتزام موجوداً وقت التعاقد . فإذا كان قد وجد ولكنه هلك من قبل ، فلا يقوم الالتزام لانعدام المحل . وينطبق نفس الحكم من باب أولى إذا كان المحل لم يوجد أصلاً ولا يمكن وجوده فى المستقبل . وينتج من نطاق تطبيق هذا الحكم حالة العقود الاحتمالية ... فإذا كان المحل غير موجود أصلاً وقت التعاقد ولكنه سيوجد فيما بعد فهذا هو الشيء المستقبل . وهو يصح أن يكون محلاً للالتزام بشرط أن يكون معيناً أو على الأقل قابلاً للتعين . وليس ثمة علة للتفريق بين بيع الثمار المنقذة وبيع الثمار قبل انقضاءها على نحو ما فعل للتفنن المختلط (م ٣٣٠ - ٣٣١) متأثراً فى ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٠٨) .

النص بديهي . فهو يردد حكماً تقضى به القواعد العامة ، إذ ليس في هذه القواعد ما يمنع من أن يكون المحل القابل للتعيين غير موجود وقت نشوء الالتزام إذا كان من شأنه أن يوجد أو أن يكون من الممكن وجوده في المستقبل . ولكن النص مع ذلك أتى بحكم يخالف المعروف من قواعد الفقه الإسلامي^(١) ، فإن هذه القواعد تقضى بأن التعامل لا يصح إلا في شيء موجود ، فيع المعلوم باطل . واستثنى السلم . وجاء الإيجار وهو بيع منافع مستقبلية على خلاف القياس . وقد تأثر القانون المدني المختلط القديم بقواعد الفقه الإسلامي فنص في المادة ٣٣٠ على أن «بيع أثمار الشجر قبل انعقادها والزرع قبل نياته باطل (٢)» . من أجل ذلك حرص القانون الجديد على إباحة التعامل في الأشياء المستقبلية بنص صريح (٣) .

ويترب على ذلك أنه يجوز بيع المحصولات المستقبلية قبل أن تنبت . بضمن مقدر جزافاً أو بسعر الوحدة . وقد قضى القانون الجديد على ما كان من خلاف في هذا بين القانون الوطني والقانون المختلط . ويترب على ذلك أيضاً أنه يصح أن يبيع شخص من آخر منزلاً لم يبدأ بناءه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشتري عند تمام البناء ، فهذا بيع شيء مستقبل يحقق الوجود . وقد يكون الشيء المستقبل محتمل الوجود كما إذا باع شخص نتج ماشية قبل وجودها . فالنتاج قد يوجد وقد لا يوجد ، والبيع هنا يكون معلقاً على شرط يتحقق إذا وجد النتاج (٤) . والواقع من الأمر أن التعامل في الشيء المستقبل كثير الوقوع في الحياة العملية . فكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب مصنع قدراً معيناً من مصنوعاته دون

(١) تقول العرف من أحكام الفقه الإسلامي لأن هناك من فقهاء المسلمين ، كإبن القيم ، من يقول بجواز التعامل في الشيء المستقبل إذا امتنع الفرع ، ومثل ذلك أن يبيع شخص محصول أرضه قبل أن ينبت بسعر الوحدة لا بضمن مقدر جزافاً .

(٢) نصت المادة ٣٣١ من القانون المدني المختلط على ما يأتي : « ومع ذلك فيجب الآثار المتقدمة وبيع الزرع النابت يشمل أيضاً الآثار التي تنمو والزرع الذي ينبت بعد البيع » . أطر في القضاء المختلط نظرية العقد للزلف فقرة ٥٧ : .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا العدد ما يأتي : « وقد قصد فيما يتعلق بالشرط الأول ، وهو وجود المحل ، أن يزيل كل شك يكتنف حكم الأشياء المستقبلية ، فقرر صلاحيتها لأن تكون محلاً للالتزام » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٠٦) .

(٤) وقد يكون البيع الواقع على النتاج بيعاً احتمالياً . فيصح وجد النتاج أو لم يوجد ، ومرأى ذلك طبعاً في تقدير الثمن .

ن يكون قد أتم صنعها ، بل لعله لا يكون قد بدأ في ذلك . وقد يبيع مزارع محصولات أرضه قبل ظهورها كما رأينا . ويبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يتمه ، بل قبل أن يبدأه . وينزل مقاول عن الأجر في مقالة لم ترس عليه بعد . هذه كلها عقود واقعة على شيء مستقبل . وهي صحيحة .

على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضرورياً من التعامل في الشيء المستقبل ، كما فعل عندما جعل باطلا رهن المال المستقبل رهناً رسمياً (م ١٠٣٣ فقرة ٢) أو رهناً حيازياً (م ١٠٩٨) . وقد يحرم جميع ضروب التعامل في نوع خاص من المال المستقبل كما فعل عند ما حرم التعامل في التركة المستقبلية ، وهذا ما نتقل الآن إليه .

٢١٧ - التركة المستقبلية: نصت الفقرة الثانية من المادة ١٣١ من القانون

الحديد على ما يأتي : « غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه ، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون (١) » . وهذه

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص (بفقرته) في المادة ١٨٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ١ - يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً . ٢ - غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ، إلا أن يكون برضاه وبورقة رسمية » . ونرى من ذلك أن المشروع التمهيدي يميز التعامل في التركة المستقبلية برضاء المورث . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع في هذا الصدد ما يأتي : « والأصل حظر التعامل في تركة الإنسان ما بقي على قيد الحياة وفقاً للقواعد التقليدية التي جرى العمل عليها من عهد الرومان . بيد أن المشروع قد استحدث في هذا الشأن أحكاماً هامة ، فأباح التصرف في التركة المستقبلية إذا ارتضى صاحبها ذلك . والحق أن علة تقرير البطلان ، وهي الخوف من مضاربة الوارث على حياة مورثه ، ينبغي استبعادها إذا كان المورث نفسه قد صح عنده من الأسباب المقولة ما يقر من أجله التصرف . وبهذا أتيح للمورث أن يتفقوا على تنظيم شؤون التركة وأن يتصرفوا فيما يحتمل أن يؤول إليهم منها مادام المورث قد أقرهم على ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٠٥ في الماخر) . وورد في موضع آخر من المذكرة الإيضاحية ما يأتي : « ويرد على قاعدة جواز التعامل في الأشياء المستقبلية استثناء يتعلق بالتركات المستقبلية ، إذ حظر التعامل فيها بضروب التصرفات جميعاً ، كالبيع والمقايضة والشركة والصلح والتنازل وما إلى ذلك . ويراعى أن النص الذي تضمنه المشروع أعم من نص المادتين ٢٦٣/٣٣٢ من التقنين الحالي ، حيث يقتصر المحظر على البيع . بيد أن بين قواعد المشروع وبين قواعد التقنين الحالي خلافاً أعم مما تقدم يتصل بحكم التعامل في التركة المستقبلية إذا كان حاصل برضاء صاحبها . فقد احتذى هذا التقنين مثال أغلب التقنينات الأجنبية ، ونصى بطلان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاء لمدم =

القاعدة ترجع في أصلها الأول إلى القانون الروماني . فقد كان هذا القانون بعد التعامل في التركات المستقبلية مخالفاً للآداب لأن من يتعامل في تركة شخص لا يزال حياً إنما يضارب على موته . ويعد ذلك مخالفاً للنظام العام إذ هو خلیق أن يغری ذا المصلحة بالتعجيل بموت المورث . فالرومان عندما حرموا التعامل في التركة المستقبلية كانوا ينظرون إلى

= مشروعية المحل ، باعتبار أن المضاربة على الموت تتعارض مع الآداب . وقد بلغ من أمر هذا الاتجاه أن اعتبر التصرف باطلاً ولو كان صادراً من صاحب التركة نفسه كما إذا باع شخص كلی أمواله الحاضرة والمستقبلية . أما المشروع فقد اتبع في هذا الشأن منجماً لا يزال نصيبه من الذبوع غیر كبير (أنظر مع ذلك المادة ٦٣٦ من تقنين الالتزامات السويسري والمادة ٣١٢ من التقنين الألماني ، وكذلك المادة ١٢٧١ من التقنين الإسباني والمادة ١٣٧٠ من التقنين الهولندي والمادة ٥٨ من التقنين البولوني) ، فاستبعد فكرة المضاربة على حياة المورث إذا تدخل هنا في التصرف وارتضاء . وليس يكنی لإتمام التعاقد في هذه الصورة رضا المتعاقدين ، بل لا بد أيضاً من رضا المورث ، ويجب أن يكون رضا الجميع ثابتاً في عقد رسمي . وإذا كان التصرف لا يتعد إلا اجتماع إرادات ثلاث ، فهذه الحالة تظهر في التقنين المصري الحالي . لحالة الحق لا تتعد إلا إذا اقرن رضا الحال عليه برضاء طرفي الحواة . وعلى هذا النحو يكون التعامل في التركات المستقبلية قد وصل وفقاً لأحكام المشروع إلى مرحلة جديدة في تطوره . فقد كانت الفكرة في مبدأ الأمر حماية الوارث ، ولهذا شرع الإعلان الذي لمصلحة . ثم اعتبر الإعلان بعد ذلك مطلقاً لمخالفة التصرف للآداب من حيث استنكار فكرة المضاربة على موت إنسان لا يزال على قيد الحياة . وانتهى الأمر بالمشروع ، والتقنينات التي اقتبس منها ، إلى وضع المسألة وضاً جديداً . فكل تصرف يرد على تركة مستتة لا يقتصر على المتعاقدين وحدهم ، بل يتناول شخصاً ثالثاً ، يعتبر تدخله ضرورة لا ممدى عنها ، إذ الأمر يتعلق بتركة . وإذا كان هذا التدخل إقراراً ضرورياً يصدر من صاحب الصلعة الأولى في التصرف ، فهو في الوقت ذاته كفيل باستبعاد فكرة المضاربة التي استند إليها لاعتبار التصرف مخالفاً للآداب . وعلى عن البيان أن لهذا الوضع الجديد مزايا لا يستهان بها . فهو يبيح اتفاقات لها ، غير شك ، نفعها من الناحية العملية ، ولا يحول دون الإفادة منها إلا المخطر القائم . فللورثة مثلاً أثناء حياة مورثهم وموافقة أن يتفقوا على قسمة التركة المستقبلية . ولا شك أن قسمة من هذا القبيل تكون أفضل وأجوى من قسمة يجريها الأصول ويلتزم بها الورثة دون أن تكون وليدة إرادتهم . كذلك يجوز لكل وارث أن يتصرف فيما قد يؤول إليه من التركة مع مراعاة الأحكام المقررة بمقتضى قواعد الميراث . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٠٨ — ص ٢٠٩) .

وبالرغم من الاعتبارات المتقدمة رأيت لجنة المراجعة أن تعدل عن هذا التجديد ، وأن تعود إلى الحكم القديم في تحريم التعامل في التركة المستقبلية ولو برضاء المورث ، فعدلت نص المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : ١٥ — يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً . ٢ — غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل إلا في الأحوال التي من عليها في القانون . وقد لوحظ في الرجوع إلى الحكم القديم أن أهم أمر كان يراد تحقيقه من وراء إباحة التعامل في =

مصلحة المورث ، لذلك كانوا يبيحونه إذا اشترك هذا في العقد . أما القوانين الحديثة فتحرم هذا التعامل لا لمصلحة المورث وحده ، بل لمصلحته ولمصلحة الوارث معاً ، فإن الوارث الذي يتعامل في تركه مستقبلية يغلب أن يكون نزقاً لا يقف عند تبديد ما يصل إلى يده من المال في الحال بل يبدد كذلك ما يحتمل أن يملكه في المستقبل . فتحريم هذا التعامل تقرر حماية له من نزقه . لذلك كان التحريم مطلقاً ، لا يرتفع حتى لو رضى المورث خلافاً للقانون الروماني . وجزاء التحريم إذن هو البطلان المطلق بما يستتبعه هذا البطلان من نتائج قانونية .

وكل ضرب من التعامل في تركه مستقبلية باطل ، أيا كان الطرفان ، وأيا كان نوع التعامل . وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في القانون المدني القديم ، ولم يستحدث القانون الجديد شيئاً في هذا الصدد . ونعرض الآن لتحديد ما هو المقصود بالتركة المستقبلية ، ومن يكون طرفاً في التعامل فيها . وضروب التعامل التي ترد عليها .

فالتركة هي مجموع ما للإنسان من حقوق وما عليه من ديون وقت موته . فإذا كان الإنسان على قيد الحياة فهذا المجموع من الحقوق والديون منظوراً إليه وقت الموت هو تركته المستقبلية . والتعامل المحرم هو الذي يقع على تركه مستقبلية في مجموعها أو في جزء من هذا المجموع أو في مال معين ينظر فيه

=التركة المستقبلية برضا المورث هو إجازة قسمة المورث ، وقد أجازها القانون الجديد بنصوص صريحة ، فتحقق بذلك ما كان مقصوداً ، ولا ضير بعد هذا من المحافظة على تقاليد القانون القديم فيما يجاوز هذا المقصد . وقد أصبح رقم المادة ١٣٥ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أضيفت إلى الفقرة الثانية عبارة « ولو كان برضاه » زيادة في الإيضاح ونسجاً على منوال الفتين القديم . وأصبح رقم المادة ١٣١ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ٢ ص ٢٠٦ — ٢١١) . وانظر المادة ٢٦ من المشروع الفرنسي الإيطالي — وفان المادة ٣١٢ من الفتين الألماني والمادة ٦٣٦ من فتين الالتزامات السويسري .

هذا وقد كان القانون المدني القديم يتضمن نصاً مماثلاً لنص القانون الجديد ، إلا أنه كان مقصوراً على البيع دون غيره من أنواع التعامل . فكانت المادتان ٢٦٣/٢٦٢ قضيان بأن « بيع الحقوق في تركه إنسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه » . ولكن التفت والقضاء في مصر كافاً بعتراض هذا النص تطبيقاً لقاعدة عامة هي تحريم كل صروب التعامل من بيع وغيره (نظرة المقدم المؤلف فقرة ٢٥٦) .

إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة (١) . ويستوى أن تأتي التركة من طريق الميراث أو من طريق الوصية . فكما لا يجوز لـ رث أن يتعامل في نصيبه في تركة مستقبلية كذلك لا يجوز للموصى له أن يتعامل فيما أوصى له به مستقبلاً . أما الطرف الذى يقع منه التعامل في التركة المستقبلية فقد يكون هو الوارث يبيع لأجنبي نصيبه في التركة المستقبلية (٢) . وقد يقع التعامل بين وارث ووارث آخر يتفان على قسمة ما سيقع في نصيب كل منهما من الميراث . أو أن يبيع أحدهما نصيبه من الآخر . وقد يكون التعامل بين المورث نفسه ووارث أو أجنبي ، كأن يتفق المورث مع الوارث على إعطائه نصيباً

(١) أما إذا وقع التعامل على مال لم ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة ، فإنه يصح . وعلى ذلك لا يعتبر باطلاً أن يبيع شخص كل ماله الحاضر ، ولكن إذا تصرف في كل ماله الحاضر والمستقبل إلى وقت موته عند هذا تعامل في تركة مستقبلية . ولا يعد تعامل في تركة مستقبلية أن يؤجل المدين وده الدين إلى وقت موت مدينه ولو كان البائع له على ذلك أنه في سداد الدين من التركة التي سيرتها ، ولا تأجيل المدين وفاء الدين إلى يوم موته هو ، فبمس في هذا تعامل في مال يدخل ضمن تركة مستقبلية ، بل هو تحديد أجل دين لا علاقة له بالتركة . ولا يكون التعاقد باطلاً حتى لو كان البائع عليه توقع موت شخص معين ، كما إذا كان الدائن المستحق في وقت قد حصل على أن يكون المستحق التالى في الوقت كميلاً لمدينه توفعاً لوت هذا الدين ، لأن التعامل هنا لم يقع على مال في تركة مستقبلية . كذلك لا يعتبر باطلاً تعهد أخ لأخته بأن يدفع لها مبلغاً معيناً على ألا يطالب بشيء من ميراث والدها إذا تبين أن الأم وهبت ابنها جميع أملاكها واشترطت عليه أن يكتب لأخته سنداً بهذا المبلغ ، إذ يعتبر تصرف الأم هبة مال حاضر لا يدخل في تركة مستقبلية . وقد افترقت هذه بشرط لصالح الأخت (محكمة الإسكندرية السككية الوطنية في ١٨ يونيو سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٠ س ٩٩) .

ولكن يعد تعامل في تركة مستقبلية أن يتفق الورثة قبل موت مورثهم على عدم الطعن في أية وصية تصدر من المورث لأحدهم أو لأجنبي ، أو اتفاقهم على اعتبار أية وصية تصدر من المورث لأى منهم باطلة . كذلك يعد تعامل في تركة مستقبلية تصرف لا يحدد فيه الوارث تركة بذاتها بل يبيع حقوقه في أية تركة تؤول إليه ، وإلزام المورث أحد الورثة دون غيره بتسديد دين من ديون التركة ، وفرض المورث على أحد الورثة دون الآخرين منفعة تعود عليه من عقد . (٢) وهناك فرق بين أن يبيع الوارث مالا معيناً على أنه سيؤول إليه في تركة مورثه — وهذا بيع باطل لأنه تعامل في تركة مستقبلية — وبين أن يبيع هذا المال الدين على أنه ملكه في الحال — وهذا يبيع ملك الغير وهو قابل للإبطال . فإذا باع شخص عقاراً مملوكاً لمورثه واشترط أن البيع لا يعد إلا بعد موت المورث ، فهم من ذلك أن البائع يتصرف في حق من حقوقه المحتلة في تركة مستقبلية ، وكان البيع باطلاً (محكمة مصر السككية الوطنية في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٨ المحسوعة الرسمية ٢١ رقم ٤٤) .

من التركة أكبر أو أقل من نصيبه القانوني . أو يتفق مع أجنبي على إعطائه نصيباً من التركة يأخذه بعد موته . إذ أن المورث لا يستطيع أن يفعل هذا أو ذاك إلا عن طريق الوصية وهي تختلف عن هذا الضرب من التعامل في أنها يجوز الرجوع فيها حتى موت الموصي وفي أنها لا تجوز إلا في حدود معينة . والحكمة في تحريم التعامل على المورث نفسه ترجع إلى أن أحكام الميراث والوصية من النظام العام . فإذا أبجنا للمورث التعامل في تركته المستقبلية استطاع أن يجحد عن هذه الأحكام (١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن كون الإنسان وارثاً أو غير وارث ، وكونه يستقل بالإرث أو يشركه فيه غيره ، إلى غير ذلك من أحكام الإرث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق في التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها سراً ، كل هذا ياتى بتعلق بالنظام العام . والتجمل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الإجازة ، ومحكم القاضي به من تلقاء نفسه في أية حالة كانت عليها الدعوى . وتحريم التعامل في التركات المستقبلية يأتي نتيجة لهذا الأصل ، فلا يجوز قبل وفاة أي إنسان الاتفاق على شيء يحس بحق الإرث عنه . سواء من جهة إيجاد وريثة غير من لهم الميراث سراً أو من جهة الزيادة أو النقص في حصصهم الشرعية أو من جهة التصرف في حق الإرث قبل افتتاحه لصاحبه واستحقاقه إياه . بل جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالف للنظام العام ، فإذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع بجميع أملاكها على أن يتسلكها إذا ماتت قبله ، وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتملك هي ماله في حالة وفاته قبلها ، فإن التكييف الصحيح الواضح لتصرفها هذا أنه تبادل منفعة معلق على الخطر والفر ، وأنه اتفاق مقصود به حرمان وريثة كل منهما من حقوقه الشرعية في الميراث ، فهو اتفاق باطل . أما التبرع المحض الذي هو قوام الوصية وعمادها فلا وجود له فيه . ويشبه هذا التصرف أن يكون من قبل ولاء الموالاة ولكن في غير موطنه المشروع هو فيه مادام لكل من المتعاقدين وريثة آخرون ، بل هو من قبيل الرقي المحرمة سراً (قض مدني في ١٤ يونية ١٩٣٤ بمجموعة عمر ١ رقم ١٩٩ من ٤٤٩)

ولكن لا يوجد ما يمنع المورث من أن يبيع لوازمته في الحال مالا مملوكاً له ، أو يهبه إياه ، فليس هذا تعاملًا في تركة مستقبلية ، بل هو تصرف في مال حاضر . وقد قضت محكمة النقض بأن قوانين الإرث لا تطبق إلا على ما يخلفه المورث من الأموال بعد موته ، وأن تنفيذ التصرفات لا يكون إلا ابتداء من مرض المورث . وأما قبل ذلك فالملك الكامل الأهلية حر التصرف في ملكه ، ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان وريثه أو تعديل أنصبتهم ، ولو كان التصرف صادراً لأحد الورثة ، وهذا بطبيعة الحال ما لم يكن التصرف مشوباً بيب . وأن هذا حق لا غبار عليه ، ولا يناقض ما قرره محكمة النقض في حكمها الصادر في ١٤ يونية سنة ١٩٣٤ (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) (قض مدني في ١٤ يونية سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ١ رقم ٣٧٢ من ١١٣٨) .

هذا والتعليل الذي ذكرناه في تحريم التعامل في التركة المستقبلية على المورث نفسه هو التعليل الذي قالت به محكمة النقض كما رأينا . وهو تعليل غير مقنع ، إذ يكفي لتجنب ما سبق من اعتراض يرجع إلى التجمل على مخالفة أحكام الميراث ألا يحرم من هذا التعامل إلا ما كان فيه مخالفة لهذه الأحكام . وبني سجيحاً لتعامل المورث في تركته إذا لم يخرج على أحكام الإرث والوصية . وقد سقت الإشارة إلى أن المشروع الذي يضمن حكماً في هذا المعنى حذف في المشروع النهائي .

وكل ضرب من ضروب التعامل في التركة المستقبلية محرم كما قدمنا . فلا يجوز للوارث أن يبيع ميراثه المستقبل . أو يهبه . أو يقسمه . أو يقايض به . أو يقدمه نصيباً في شركة . أو يصالح عليه . أو ينزل عنه بإرادته المنعقدة . بل هو لا يستطيع أن يؤجره (١) . أو أن يجري عليه أى نوع من أنواع التعامل إلا ما أجازاه القانون بنص صريح . وذلك كالوصية (م ٩١٥ جديد) وقسمة المورث (م ٩٠٨ - ٩١٣ جديد) .

§ ٢ - المحل ممكن

٢١٨ - **الامتناع بقابل الوجود** : رأينا في الالتزام الذي يكون محله نقل حق عيني أن الشيء الذي تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً . أما الالتزام الذي يكون محله عملاً أو امتناعاً عن عمل فيجب أن يكون المحل فيه ممكناً . والإمكان هنا يقابل الوجود هناك . فإذا كان محل الالتزام مستحيلاً . فإن الالتزام لا يقسم . ويكون العقد باطلاً . لأنه لا التزام يستحيل . (à l'impossible nul n'est tenu) . وقد نصت المادة ١٣٢ من القانون المدني الجديد على ذلك إذ تقول : « إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً (٢) » .

(١) فإذا تهدد شخص بإتجار عين سنوول إليه في تركه كان عبده باطلاً (حكمه النص الفرنسية في دوائرها المجتمعة في ٢ يولييه سنة ١٩٠٣ داللو ١٩٠٣ - ١ - ٥٥٣) .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المادة ١٨٣ من المشروع التهديدي على الوجه الآتي :
١ - إذا كان محل الالتزام الذي نشأ عن العقد أمراً مستحيلاً استحالته مطلقة ، كان العقد باطلاً .
٢ - أما إذا كان الأمر مستحيلاً على الدين دون عبده ، صح العقد وألزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعبده . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي في هذا الصدد ما يأتي : « إذا كانت الاستحالة مطلقة ، فالمحل غير موجود في الواقع . ولا يكون للالتزام نصيب من الوجود إلا إذا طرأت الاستحالة بعد قيام العقد ، فيكون للتعاقد في هذه الحالة أن يرفع دعوى الفسخ لا دعوى البطلان . أما إذا كانت الاستحالة نسبية ، أي لاصرة على الماتزم وحده ، فالعقد صحيح ويلزم المتعاقد بتنفيذه . على أن التنفيذ إذا استحال على المدين ، كان للدائن أن يقوم به على نفقة هذا المدين طبقاً للقواعد العامة ، وله أيضاً أن يطالب بالتعويض إلا إذا اختار فسخ العقد مع المطالبة بتعويض إضافي ، إن كان ثمة محل لذلك . وقد اقتصر المشروع فيما يتعلق باستحالة المحل على ذكر القاعدة العامة ولم ير داعياً لتفصيلها بالاستكثار من التطبيقات الجزئية . »

٢١٩ - الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية : والمنقوص بالاستحالة

هنا الاستحالة المطلقة ، وهي أن يكون الالتزام مستحيلاً في ذاته كما تنص المادة ١٣٢ ، لا أن يكون مستحيلاً بالنسبة إلى الملتزم فحسب . فقد يلتزم شخص بعمل فيكون مستحيلاً عليه هو أو يلتزم بأمر يحتاج إلى مقدرة فوق طاقته . ولكن هذا العمل لا يستحيل القيام به على رجل من أصحاب الفن أو ممن يطبقونه . ففي هذه الحالة يوجد الالتزام ويقوم على مثل صحيح ، وإذا كان يستحيل على المدين القيام به فهذه الاستحالة النسبية لا تمنع من قيام الالتزام ، ويكون المدين مسؤولاً في هذه الحالة عن التعويض لعدم استطاعته القيام بالتزامه . وتسرع في أن يأخذ على نفسه التزاماً لا يطيقه ، ويجوز فسخ العقد إذا كان منزماً للجانبين . ولا فرق بين ما إذا كانت هذه الاستحالة النسبية قد سبقت وجود الالتزام أو كانت لاحقة له ، ففي كلتا الحالتين يوجد الالتزام ، ولكن المدين يبرأ من التنفيذ العيني ويكون مسؤولاً عن التعويض على النحو الذي قدمناه .

أما إذا كانت الاستحالة مطلقة ، وهي ما رجعت إلى الالتزام في ذاته كما رأينا (١) ، فإنها تمنع من وجود الالتزام إذا كانت سابقة على التعهد بهذا

= فبعض هذه التطبيقات قد ورد في مواضع أخرى من المشروع ، وبعضها من اليسر أن يستنبط من المبادئ العامة (أنظر المادة ٣٠٧ من التقنين الأول والمادة ٢٠ من تقنين الالتزامات السويسري والمادتين ٥٦ و ٥٧ من التقنين البولوني الخ...) على الأخص فيما يتعلق بالاستحالة الجزئية ورجوع من يجعلها من المتعاقدين بالتعويض) ٤ . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية من النص لصعوبة تحديد معيار الاستحالة النسبية واكتفى بالفقرة الأولى بعد تحديد الاستحالة فيها بأن الأمر يكون مستحيلاً في ذاته ، وأصبح النص كما يأتي : « إذا كان على الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً » . وأصبح رقم المادة ١٣٦ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ قيل إن المراد من أن الأمر يكون « مستحيلاً في ذاته » هو أن يكون مستحيلاً استحالته مطلقة ، وقد وافقت اللجنة على المادة دون تعديل وأصبح رقمها ١٣٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة المجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢١١ - من ٢١٤ .

(١) لا تكون الاستحالة مطلقة إلا إذا رجعت إلى الالتزام في ذاته ، فيكون الالتزام مستحيلاً بالنسبة إلى موضوعه ، لا بالنسبة إلى شخص معين سواء كان هذا الشخص هو الملتزم أو كان شخصاً غيره . فيجب إذن أن تكون الاستحالة استحالته موضوعية (impossibilité objective) بالنسبة إلى جميع الناس ، لا استحالة شخصية (impossibilité subjective) بالنسبة إلى بعض دون بعض .

الالتزام . ولا تمنع من وجوده إذا كانت لاحقة لأن الالتزام قد وجد قبل نشوء الاستحالة وإنما ينقضى بنشئها بعد أن وجد . فتنبرأ ذمة المدين . ولكن يبقى مسؤولاً عن التعويض إذا كان هناك تقصير في جانبه ، ويجوز فسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين . ومثل الاستحالة المطلقة أن يتعهد شخص بأن يقوم بعمل يكون قد تم قبل التعهد كما إذا تعهد بحام يرفع استئناف عن قضية كان الاستئناف قد رفع فيها قبل ذلك . أو أن يتعهد شخص بالامتناع عن عمل كان قد وقع قبل التعهد .

وبستخلص مما تقدم أن الاستحالة النسبية لا تجعل العقد باطلا سواء أكانت الاستحالة سابقة على وجود العقد أم لاحقة له . وإنما تجعله في الحالتين قابلاً للفسخ إذا كان ملزماً للجانبين لعدم إمكان قيام الملتزم بالتزامه . أما الاستحالة المطلقة فإن كانت سابقة على وجود التعهد فإنها تجعل العقد باطلا . وإن كانت لاحقة جعلته قابلاً للفسخ إذا كان ملزماً للجانبين (١) .

٢٢٠ - الاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية : والاستحالة في

الأمثلة التي قد تها استحالة طبيعية . وقد تكون الاستحالة قانونية ، أى ترجع لا إلى طبيعة الالتزام بل إلى سبب في القانون ، كما إذا تعهد بحام يرفع استئناف عن حكم بعد انقضاء الميعاد القانوني أو نقض في قضية لا يجوز فيها النقض . ففي مثل هذه الفروض ترجع الاستحالة إلى حكم القانون لا إلى طبيعة الالتزام .

والاستحالة القانونية حكمها حكم الاستحالة الطبيعية المطلقة : تمنع وجود الالتزام إذا وجدت قبل التعهد به ، وتنتهى الالتزام إذا وجدت بعد ذلك .

١ - ومن ثم يبيع ملك الغير فتنبرأ الاستحالة فيه استحالة نسبية . وإذا كان الالتزام بنقل الملكية في هذا البيع مستحيلاً على البائع ، فليس هو بالأمر المستحيل في ذاته ، ويستطيع المالك الحقيقي ، بل يستطيع قس البائع إذا أصبح مالكا ، أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام . ولولا ورود نص يجعل بيع ملك الغير قابلاً للإبطال (م ٤٦٦ من القانون المدني الجديد) ، لكان هذا البيع صحيحاً قابلاً للفسخ .

(١) وقد نكون الاستحالة المطلقة اللاحقة لوجود العقد قوة فاهرة ، إذا هي لم ترجع إلى تقصير من الملتزم ، فينقضى الالتزام بها ، وينفسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين .

ويبنى على ما تقدم أن تعهد المحامي برفع الاستئناف إذا صدر بعد انتهاء الميعاد الذي يقبل فيه الاستئناف لا يوجد التزاماً في جانبه ، أما إذا صدر قبل الميعاد ولكن الخامي ترك الميعاد ينقضي دون أن يرفع الاستئناف فأصبح رفعه مستحيلاً ، فإن الالتزام يوجد أولاً ، ثم يصبح تنفيذه العيني مستحيلاً ، فيكون المحامي مسئولاً عن التعويض .

المبحث الثاني

الحل معين أو قابل للتعين

٢٢١ - النصوص القانونية : نصت المادة ١٣٣ من القانون المدني

الجديد على ما يأتي :

« ١ - إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره . وإلا كان العقد باطلاً » .

« ٢ - ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر . التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٨٤ من المشروع النهائي على النحو الآتي :

« ١ - يجب أن يكون الشيء محل الالتزام معيناً بذاته ، أو بنوعه ومقداره . ٢ - ويكفي أن يكون الشيء معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من أي ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط » . وفي لجنة المراجعة تقرر إدخال بعض تعديلات لفظية ، والنص على حذف الطلح مدان استعمل عن المادة ١٨١ من المشروع ، وحذف عبارة « صراحة أو ضمناً » من الفقرة الثانية لأن الإنسان الطبيعي يدرج تحت عبارة « استخلاص ذلك من أي ظرف آخر » وإضافة العرف كتخصص يُلجأ إليه لتعميم في عبارة « من أي ظرف آخر » . فأصبح النص كالآتي : « ١ - إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره ، وإلا كان العقد باطلاً . ٢ - ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط » . وأصبح رقم المادة ١٣٧ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وكذلك فعلت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، وأصبح رقم المادة ١٣٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢١٤ - من ٢١٧) . أنظر المادة ١٩٠ من القانون الثاني ونفاذ ٢٤٣ من القانون الألماني .

ونصت المادة ١٣٤ على ما يأتي :

« إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر (١) » .

ويتبين من هذه النصوص أنه يجب في المحل أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين . فإذا كان المحل نقوداً . وجب أن تكون هي أيضاً معينة أو قابلة للتعين . أما قيمة هذه النقود إذا تغيرت فليس في الأصل لتغيرها أى اعتبار .

فتكلم : (أولاً) في كيفية تعيين المحل (ثانياً) في تعيين محل الالتزام إذا كان نقوداً .

٥ ١ - كيفية تعيين المحل

٢٢٢ - تعيين محل الالتزام إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل :

إذا التزم شخص أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل وجب أن يكون ما التزم به

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٨٦ من المشروع التمهيدى على النحو الآتى :

١ - « إذا كان محل الالتزام نقوداً فلا يكون المدين ملزماً إلا بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك . ٢ - إذا لم يكن للتعدين في العقد سعر ذاتى في مصر جاز التعدين أن يجر دينه بنقود مصرية . ٣ - الفسخ في الزمان والمكان اللذين يتم فيهما الوفاء . وإذا لم يكن في مكان الوفاء سعر معروف للقطع ، فيسعر قطعها في أقرب سوق تجارية . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بخلاف ذلك . ٤ - إذا تأخر المدين عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق بتقصير منه كان ملزماً بمرور السعر ، دون إخلال بفوائد التأخير . وفي حنة المراجعة اقترح حذف اسم كله لأنه يقرر حكماً في مسائل اقتصادية يحسن تركها لقانون خاص ، وبعد المناقشة وافقت اللجنة على ذلك مع استبقاء الفقرة الأولى على أن يحدف منها العبارة الأخيرة » ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك » . فأصبح النص الذى أقره اللجنة هو ما يأتي : « إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر » . وأصبح رقم المادة ١٣٨ في المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وكذلك فعلت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وأصبح رقم المادة ١٣٤ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١٨ - ص ٢٢٢) .

أنظر المادة ٢٤ من المشروع الفرنسي الإصغالى . هذا وقد كان القانون المدنى القديم يتضمن النص الآتى (م ٥٧٥/٥٧٧) : « إذا كان الشيء المستعار نقوداً لزم رده بين قيمته المدنية . أما كان اختلاف أسعار المسكوكات الذى حصل بعد وقت القارية » . وهذا النص لا يختلف في المعنى عن النص الجديد ، وإن كان مقدوراً على غنى الفرض .

معينة. فإذا تعهد مقاول ببناء وحسب أن يتعين هذا البناء أو وجب على الأقل أن يكون قابلاً للتعيين . وقابليته للتعيين ترجع إلى الظروف التي تستخلص منها نية طرفي الالتزام . فإذا التزم المقاول بأن يبني مستشفى أو مدرسة أو منزلاً للسكنى أو منزلاً للاستغلال أو نحو ذلك ، فإن ظروف التعاقد يصح أن يستخلص منها العناصر اللازمة لتعيين البناء المطلوب . أما إذا اقتصر المقاول على أن يلتزم بإقامة بناء دون أن يعين أى نوع من البناء هو ، كان المثل غير معين وغير قابل للتعيين ، فلا يقوم الالتزام على محل كهذا لأنه في حكم المعلوم .

٢٢٣ - تعيين محل الالتزام في الشيء موضوع الحق العيني :

وإذا كان الالتزام محله نقل حق عيني على شيء ، وجب كذلك أن يكون هذا الشيء معيناً أو قابلاً للتعيين . وهنا يجب التمييز بين الشيء المعين بالذات والشيء غير المعين .

فإذا وقع العقد على شيء معين بالذات وجب أن تكون ذاتية الشيء معروفة . فيوصف الشيء وصفاً يكون مانعاً للجهالة . فإذا باع شخص منزلاً ، وجب أن يبين موقع هذا المنزل في أية جهة هو وأن يذكر أوصافه الأساسية التي تميزه عن غيره من المنازل الأخرى . وإذا باع أرضاً ، وجب تحديد موقعها وبيان مساحتها وتعيين حدودها . وإذا باع سيارة معينة بالذات ، وجب أن يبين أية سيارة يبيعها وأن يذكر أوصافها المميزة . لاسيما إذا كان البائع عنده أكثر من سيارة واحدة . وقد طبقت المادة ٤١٩ من القانون الجديد هذه القاعدة في صدد عقد البيع ، فنصت على أنه «يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع عالماً كافياً . ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه » .

أما إذا كان الشيء غير معين بالذات ، وجب أن يكون معيناً بجنسه ونوعه ومقداره ، كأن يذكر مثلاً أن المبيع قطن من نوع الأشمونى وأن مقداره عشرون قنطاراً . فإذا لم يحدد المقدار وجب أن يتضمن العقد ما يستطيع به تحديده ، كما إذا تعهد شخص بأن يورد أغذية معينة النوع لمستشفى معين أو لمدرسة معينة ، فالمقدار اللازم من هذه الأغذية وإن لم يحدد في العقد قابل للتحديد وفقاً لحاجة المستشفى أو المدرسة .

وكثيراً ما يترك تعيين المحل للمألف أو للعرف . كما إذا قام متجر بتوريد ساعلة لعمل له دون أن يبين الثمن ، أو قام صانع بعمل دون أن يحدد أجره . وقد يقتصر التعيين على بيان الجنس والنوع والمقدار دون أن تذكر درجة الجودة ودون أن يمكن استخلاصها من العرف أو من ظروف التعاقد ، ففي هذه الحالة يجب أن يكون الصنف متوسطاً . فلا يكون جيداً حتى لا يغني المدين . ولا يكون رديئاً حتى لا يعين الدائن (١) .

٢٤ - تعيين محل الالتزام إذا كان نقوداً

٢٢٤ - تعيين النقود - العملة الورقية ذات السعر القانوني :

إذا كان محل الالتزام نقوداً ، وجب أن تكون هي أيضاً معينة بنوعها ومقدارها شأن أي محل للالتزام . فليتزم المدين مثلاً أن يؤدي للدائن مقداراً معيناً من الجنيهات المصرية أو من القروش أو من الملائم . وتقضى المادة ١٣٤ ، كم رأينا ، بأنه إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن

(١) وقد يترك تعيين المحل لأجنبي كما إذا باع شخص شيئاً ضمن يترك تقديره لحسب . فإذا قدر الحكم الثمن كان تقديره ملزماً للمتعاقدين ، وقام الغرام المشتري على محل معين . أما إذا لم يقدره فلا يجوز للقاضي أن يقوم بتماذه و التقدير ، لأن محل العقد لا يدخل في مهبة القاضي ، فيبقى الثمن غير معين ، ويكون البيع باطلاً . ولا يجوز ترك تعيين المحل لإرادة أحد المتعاقدين المحضة إذ يصبح التعاقد الآخر تحت رحمة ، إلا إذا كانت عناصر التعيين معروفة بحيث لا يكون هناك مجال للتحكم .

هذا وقد اشتمل المشروع التهديدي على نص يعرض لهذه المسائل هو المادة ١٨٥ من هذا المشروع ، وقد جرت على النحو الآتي : ١ - إذا ترك تعيين الشيء لأحد المتعاقدين أو لأجنبي عن العقد ، فيجب أن يكون هذا التعيين قائماً على أساس يعادل . وإذا أبطأ التعيين أو قام على أساس غير عادل ، فيكون تعيين الشيء بحكم من القضاء . ٢ - ومع ذلك إذا ترك التعيين لأجنبي عن العقد ولخص اختياره ، فإن العقد يصبح باطلاً إذا لم يستطع هذا الأجنبي أن يقوم بالتعيين أو لم يرد القيام به أو لم يقم به في وقت معقول أو قام به وكان تقديره غير عادل . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص في المشروع النهائي لأنه يعرض لحالات تفصيلية قليلة الأهمية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢١٥ - من ٢١٦ في المامش) . وبعد حذف النص لم يعد هناك مجال لاتباع أحكامه فيما خالفت فيه القواعد العامة التي تقدم ذكرها . أنظر أيضاً في هذا الموضوع المواد ٣١٥ و ٣١٧ و ٣١٩ من القانون الألماني ، وعن هذه المواد اقتبس المشروع التهديدي المادة ١٨٥ التي حذفتها لجنة المراجعة .

يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر . ويترتب على ذلك أن المدين يلتزم بأداء المقدار المتفق عليه من النقود . سواء ارتفعت قيمة النقود أو انخفضت . فإذا ارتفعت كان ارتفاعها لمصلحة الدائن . وإذا انخفضت كان انخفاضها لمصلحة المدين . وليس من اللازم أن يؤدى المدين النقود من النوع المنصوص عليه فى العقد . جنبيات أو قروشاً أو ملايم . بل إن المدين يؤدى دينه عادة بنقد ذى سعر قانونى (cours légal) يساوى القدر المتفق عليه . فيؤديه عملة ورقية إذا تقرر لها سعر قانونى .

والأصل فى نظرنا أن العملة الورقية إذا تقرر لها سعر قانونى وجب على الدائن قبولها حتى لو اتفق مع المدين على غير ذلك . وحتى لو لم يكن لهذه العملة سعر إلزامى (cours forcé) . فالسعر القانونى وحده كاف لجعل الدائن يستوفى حقه . ومهما يكن من خلاف فى هذه المسألة فإن الخلاف ليست له أهمية عملية إذا لم يكن للعملة الورقية سعر إلزامى . فإن الدائن الذى يريد الحصول على حقه ذهباً ولا يستوفيه إلا ورقاً يستطيع أن يستبدل الذهب بالورق فى أى وقت شاء .

٢٢٥ - العملة الورقية ذات السعر الإلزامى (شرط الذهب) :

فإذا تقرر للعملة ورقية سعر إلزامى ظهرت خطورة المسألة . لأن العملة الورقية ذات السعر الإلزامى تكون قيمتها الاقتصادية أقل من قيمتها القانونية . وتنقص هذه القيمة الاقتصادية كلما زاد التضخم . فإذا استوفى الدائن حقه ورقاً فإنه لا يستطيع أن يستبدل به ذهباً لقيام السعر الإلزامى . وقد تكون قيمة الورق قد نزلت نزولاً فاحشاً فتصيبه خسارة جسيمة من وراء ذلك . فذا جرت العادة أن يشترط الدائن استيفاء حقه ذهباً . وهذا ما يسمى بشرط الذهب (clause d'or) . فيكون الدين واجب الوفاء بالذهب (payable en or) أو بما يعادل قيمة الذهب (payable en valeur or) . فهل يعتبر هذا الشرط صحيحاً ؟ نرى أن ذلك لا يجوز فى المعاملات الداخلية . وأن الشرط يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام . وأن العقد الذى تضمنه هذا الشرط يكون باطلاً كذلك إذا تبين أن الشرط كان هو الباعث الرئيسى على التعاقد . ونحن فى هذا

الرأى تنفق مع القضاء الفرنسى (١) ومع جمهرة من الفقهاء الفرنسيين (٢).
وما يؤيد ما نذهب إليه أن الغرض من تقرير السعر الإلزامى هو إعطاء الورق
قيمة قانونية إلزامية معادلة لقيمة الذهب : فينعدم الفرق بين الورق والذهب
في نظر القانون . ويجب أيضاً أن ينعدم في نظر الأفراد . لأن القانون إنما

(١) محكمة النقض الفرنسية في ١٧ مايو سنة ١٩٢٧ دالوز ١٩٢٨ - ١ - ٢٥ -
و ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٣٠ - ١ - ٤١ (مع تعليق ميهير Hubert) -
محكمة مريس الاستئنافية في ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٥ دالوز ١٩٢٥ - ٢ - ١١٥ -
وفي ١٣ أبريل ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٦ - ٢ - ١٠٥ .

(٢) أورى ورو الطبعة الخامسة : ص ٣١٨ - ص ٣٦٠ - كاييتان في دالوز الأسبوعى
سنة ١٩٢٦ باب المقالات ص ١٧ و ص ٣٣ . وسنة ١٩٢٧ ص ١ ، وسنة ١٩٢٨
ص ٤٣ - ديوج في مقال له في جريدة موثقى العقود (Journal des notaires) سنة ١٩٢١
ص ١٣٧ ، وسنة ١٩٢٣ ص ٩٧ - جير في مقال له في مجلة العلم والتشريع السالى
(Revue de science et de législation financières) سنة ١٩٢٤ ص ٥ - ليون كان
في تعليقه في سيريه ١٩٢٠ - ١ - ١٩٣ - سافانييه جازيت دالوز : ١٩٢٤ ص ٨٩ وتعليقه
في دالوز ١٩٢٦ - ٢ - ٨٩ و ١٠٥ و ١٥٣ وسنة ١٩٢٧ - ٢ - ١٥٣ و ١٥٦ -
بلانيول وريبيز وجابولد ٢ فقرة ١١٦٨ . على أن كثيراً من الفقهاء يذهبون إلى عكس هذا
الرأى ويقولون بصحة شرط الذهب حتى في المعاملات الداخلية (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٧٥ -
ديويش (Dupuich) في تعليقه في دالوز ١٩٢٠ - ١ - ١٣٧ - بجى في مجلة القانون
المدنى ربع السنوية سنة ١٩٢٦ ص ٥٥٧ وسنة ١٩٢٨ ص ٥ - لالو (Lalou) في تعليقه في
دالوز سنة ١٩٢٤ - ٢ - ١٧ و ٩٧ - وسنة ١٩٢٦ - ٢ - ٦٩ و ٩٥ - مابر
(Matot) في مجلة قانون البنوك (Revue du droit bancaire) ص ١٩٣ و ص ٢٨٩ و
ص ١٩٣ - جوران ٢ فقرة ٨٥٩) .

هذا وقد تضمن المشروع التمهيدى نصاً في هذه المسألة هو المادة ١٨٧ ، وقد جرت بما يأتى :
« ومع ذلك إذا تقرر سعر إلزامى للنقد الورقى فلا يجوز الاتفاق على الوفاء بالنقود المعدنية أو
بالنقود المصرية محسوبة بسعر الذهب ، ولكن يجوز الاتفاق على أن يكون الوفاء بنقود أجنبية
محسوبة بسعر قطعها » . وفى هذا النص تحريم لشرط الذهب . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية
للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « ولهذا يعتبر اشتراط الدفع بالذهب أو على أساس
قيمة الذهب باطلاً في حالة تقرير سعر إلزامى (حتى في المعاملات الدولية : الرسوم بقانون رقم
٥ : لسنة ١٩٣٥ - قانون القانون الفرنسى في ٢٥ يونية سنة ١٩٢٨ التقويم السنوى
للتشريع الفرنسى سنة ١٩٢٨) . ويترب على بطلان الشرط بطلان العقد بأسره إذا كان الشرط
هو الدافع الحافز على التعاقد . ومع ذلك فيجوز الاتفاق على أن يتم الوفاء بنقود أجنبية تختب
بسر قطعها إذا كان الدين قد عقد بنقد أجنبى . وليس في هذا مساس بسر في القانون لأن النقد
الأجنبى ليس له سعر إلزامى أصلاً . ثم إن العدل يقتضى من ناحية أخرى بأن يتم الوفاء في المعاملات
الدولية على أساس سعر القطع الذى يمثل العلاقة بين النقد الوطنى والنقد الأجنبى » . وقد =

أراد هذا حماية لمصلحة عامة ترجع إلى نظام النقد في البلد وإلى استقرار قيمة العملة وثباتها .

هذا ويلاحظ أن القضاء الفرنسي إنما يطل « شرط الذهب » في المعاملات الداخلية في فرنسا . أما في المعاملات الخارجية . وهي التي تقتضى خروج العملة من فرنسا أو دخولها فيها . كما إذا صدر تاجر في فرنسا بضاعة إلى الخارج أو استورد بضاعة من الخارج . وكما إذا عقدت دولة قرضاً في أسواق أجنبية ، فإن « شرط الذهب » يكون صحيحاً . وذلك لأنه إذا استطاع القانون الفرنسي أن يعتبر قيمة العملة الورقية معادلة لقيمة الذهب فليس هذا التعادل إلا اعتبارياً ، ولا يستقيم هذا الاعتبار إلا في المعاملات الداخلية حيث ينسط سلطان المشرع ويصبح الأخذ باعتباره واجباً . أما في المعاملات الخارجية فالذهب وحده هو العملة الثابتة . ولا يتغذى اعتبار المشرع في غير بلده ، وكل اتفاق يشترط الوفاء بالذهب يكون إذن مشروعاً (١) .

= حذف لجنة المراجعة نص المشروع التهدي في المشروع النهائي لأنه يفرح كما في مسائل اقتصادية متغيرة يحسن تركها لقانون خاص - (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١٨ - ص ٢١٩ في الخامس ص ٢٢٠ - ص ٢٢١) . وسرى فيما يلي أن هذا القانون الخاص الذي تركت المسألة لحكمه هو المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ ، ويطل هذا القانون شرط الذهب حتى في المعاملات الخارجية (الدوائية) . ويطلب أن تترك التفتينات مسألة التعامل بالنقود الأجنبية إلى تشريعات خاصة . وقد نصت المادة ١٣٥ من القانون الذي السرى الجديد على أنه « إذا كان محل الالتزام نقوداً ، التزم المدين بقدر عددهما المذكور في العقد دون أن يكون لارتضاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر ، مالم ينص القانون على أحكام خاصة بتحويل النقد الأجنبي » .

(١) محكمة النقض الفرنسية في ٢٣ يناير سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٤ - ١ - ٤١ وفي ٣ يولية سنة ١٩٣٠ دالوز ١٩٣١ - ١ - ٥ وفي ٢ يولية سنة ١٩٣٥ دالوز الأسبوعي ١٩٣٥ - ٤٥٧ - وفي ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٤ (Sem. Jur.) ١٩٤٣ فقرة ٢٦٧٠ - محكمة بورديو الاستثنائية في ٢٣ مايو سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢٣ - ٢ - ٦ - محكمة باريس الاستثنائية في ١٦ أبريل سنة ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٦ - ٢ - ١٠٥ - وفي ٩ يولية سنة ١٩٢٦ دالوز الأسبوعي ١٩٢٦ - ٥٣٧ - وفي ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعي ١٩٢٩ - ٩ - محكمة بيزانسون الاستثنائية في ١٩ يناير سنة ١٩٢٩ سبويه ١٩٢٩ - ٢ - ٥٥ . هذا وقد أيد المشرع الفرنسي وجهة نظر القضاء في هذا الموضوع فنص صراحة على اعتبار شرط الذهب صحيحاً في المعاملات الخارجية (أنظر قانون ٢٥ يولية سنة ١٩٢٨ وقانون ١٨ فبراير سنة ١٩٣٧) . أنظر في هذه المسألة بلانول وريبير وجابولد فقرة ١١٨٠ و ١١٨٥ - جوسران ٢ فقرة ٨٦٠ مكررة - كولان وكايتان الطعة العاشرة سنة ١٩٤٨ فقرة ٤٩٢ .

٢٢٦ - شرط الذهب في القانون المصري : أما في القانون المصري

فقد مر القضاء بمرحلتين :

(المرحلة الأولى) في ظل المرسوم (القانون) الصادر في ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ . وقد قضى هذا المرسوم بأن يكون للعملة الورقية التي يصدرها البنك الأهلي قيمة الذهب - وهذا هو السعر القانوني - وبأن البنك لا يجبر على إبدال الورق بالذهب - وهذا هو السعر الإلزامي - وبأن ما يدفع من تلك الأوراق (لأى سبب وبأى مقدار) يكون دفعاً صحيحاً وموجباً لبراءة الذمة كما لو كان الدفع حاصلًا بالعملة الذهبية . بصرف النظر عما يخالف ذلك من الشروط أو الاتفاقات الحاصلة أو التي تحصل بين أصحاب الشأن ، أى سواء كانت هذه الشروط أو الاتفاقات موجودة قبل صدور المرسوم أو جددت بعد ذلك . والنص كما نرى صريح في أن شرط الذهب باطل إطلاقاً ، ولم يميز المرسوم في ذلك بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية ، بل إن هذا التشريع جعل له أثر رجعي . فهو يبطل شرط الذهب في عقد تم قبل صدوره كما يبطله في عقد تم بعد صدوره .

ولكن بالرغم من صراحة النص انقسم القضاء المصري في شأن شرط الذهب . فبعض الأحكام قضى بطلانه ، وبعض قضى بصحته . وبعض جرى على نهج القضاء الفرنسي فميز بين المعاملات الداخلية حيث يكون الشرط باطلاً والمعاملات الخارجية حيث يكون الشرط صحيحاً (١) .

(١) أنظر في معنى البطلان محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١١٢ - وفي معنى الصحة محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٢ - وفي ٢٨ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٥٦ - وفي ٩ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٩١ - وفي ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٥٣ - وفي معنى التمييز ما بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٥ - وفي ١٣ يونيو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٣١ .

وكانت بعض المحاكم الكلية المختلطة تحزى أحكام مرسوم سنة ١٩١٤ ، فبعض حكماها وهما اللذان يقرران السعر القانوني والسعر الإلزامي لأوراق البنك الأهلي بتنفيذ على الأجانب دون حاجة لموافقة الجمعية التشريعية لحكومة الاستئناف المختلطة ، لأنها مصدر من الدولة المصرية بما لها من حق السيادة ، وأما الحكم الثالث وهو الذي يحض على بطلان شرط الذهب فلا يبعد على الأجانب فترأى هذه المحاكم لأنه لم يصدر من الدولة المصرية بما لها من حق السيادة ، وهو =

(المرحلة الثانية) وبقي القضاء المصرى يواجه شرط الذهب مضطرباً غير مستقر حتى صدر المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ . وقد أراد المشرع المصرى بهذا القانون أن يحسم ما نشب من خلاف فى تفسير المرسوم الصادر فى ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ بصدد المسألة التى قام فيها الخلاف الجوهري ، وهى قيمة شرط الذهب فى المعاملات الخارجية أو المعاملات ذات الصيغة الدولية . ذلك لأن المعاملات الداخلية لم يقم فى شأنها خلاف جدى ، إذ كان واضحاً أن شرط الذهب يجب أن يكون باطلاً فى هذه المعاملات . وكذلك يجب أن يكون باطلاً فى المعاملات الخارجية ، وقد صرح بذلك قانون سنة ١٩٣٥ . لأن النص الذى ورد فى مرسوم سنة ١٩١٤ فى بطلان هذا الشرط عام مطلق لا يميز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية كما قدمنا . ونقول المذكورة الإيضاحية لقانون سنة ١٩٣٥ فى هذا الصدد ما يأتى : « ... ذلك أنه يوجد نص صريح لا يخلع أى تفرقة بين العقود التى يسرى عليها حكمه . وليس ذلك لأن النص عام فحسب . بل هو فوق ذلك صريح قاطع ... فالدفع أياً كان نوعه حتى لو كان سببه التزاماً دولياً داخل بلا شك فى عموم هذا النص . وليس من سبيل مع مثل هذا النص الذى حدد فيه الشارع مقاصده بكل جلاء ووضوح للأخذ بقضاء المحاكم الفرنسية وقد بنى على اعتبارات خاصة بفرنسا مستمدة من أحوالها الاقتصادية . وذلك هو المعنى والمغزى الصحيح لمرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ ، ولنفس من شرع حكم ذلك المرسوم أن يزيد مقاصده وضوحاً فيما يتعلق بالاتفاقات الدولية ، وألا يدع أى شك يحوم حول تطبيق القاعدة التى أتى بها مرسوم سنة ١٩١٤ والتى تقرر أمراً من أمور النظام العام ، على

= يتناقض مع المادة ١٤٩ من القانون التجارى المختلط التى تنص بأن وفاء السكبيال يكون بالعملة التى تذكر فيها ، ولم تراعى عليه الجمعية التشريعية . أنظر فى أحكام المحاكم المختلطة فى هذا المعنى محكمة اسكندرية الكلية فى ٢١ مارس سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٣ ص ٢٥٥ - وفى ٤ أبريل ١٩٣٣ جازيت ٢٣ ص ٢٥٦ - محكمة مصر الكلية فى ٨ يونية سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٣ ص ٢٥٧ - وفى ٣١ يناير سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٣ ص ٢٦٢ (قضية الدين العام) . ومع ذلك أصدرت محكمة اسكندرية الكلية المختصة فى ٣ مارس سنة ١٩٣٤ حكماً قضت فيه بأن مرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ يدخل فى أعمال السيادة وذلك لجميع أحكامه ورتبت على ذلك أن شرط الذهب يكون باطلاً (أنظر فى هذا الحكم وفى غيره من أحكام أخرى نظرية العقد المؤلف ص ٥١٥ حاشية رقم ١) .

ذلك النوع من الاتفاقات . عملاً بنص المرسوم المذكور وروحه . وأخذاً بما اقتضته وتقتضيه مصاحبة البلاد العامة (١) .

ويتبين من ذلك أن قانون سنة ١٩٣٥ أراده المشرع أن يكون قانوناً تفسيراً

(١) وقد ورد في صدر المذكرة الإيضاحية تنفيذ للأحكام المصرية التي هُضم بالتبعية من المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية نقله فيما يلي : « اتفق لبعض الأحكام في سياق بحثها في تطبيق مرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ على الاتفاقات الداخلية (تلك التي تنشأ ويكون جودها في القصر المصري) أن تنجر — عرساً ودون أن تقيم الدليل على رأيها — إلى أن أحكام ذلك المرسوم لا تنجر على الاتفاقات ذات الصفة الدولية . وذهبت أحكام أخرى في دعاوى قائمة بالذات على هذا النوع الأخير من الاتفاقات إلى أن مدى تطبيق المرسوم المذكور لا يتعدى حدود الديار المصرية ، وإلى أنه إذا صرح تطبيقه على أحوال الوفاء داخل القطر فإنه لا يفي المدين حيث يكون الوفاء في الخارج من دفع دينه ذهباً . ومن أجل ذلك تنسكرك تلك الأحكام أن يكون لأوراق البكنوت سعر رسمي إلزامي حتى في داخل القصر المصري إذا كان الوفاء تنفيذاً لاتفاقات ذات صفة دولية لأن في ذلك إضراراً بلباً بالدائنين الذين يقتضون ديونهم في القاهرة أو في الإسكندرية ، ولأنه يترتب عليه تفرقة غير مقبولة في المساواة بين الدائنين . وواضح أن الأحكام المشار إليها تستند التمييز بين فصوص الاتفاقات من القضاء الفرنسي ، وإنما جاز ذلك التمييز في فرنسا لعدم وجود حكم تشريعي يقضي بطلان شرط الدفع ذهباً ، ولأن بطلان هذا الشرط لم ينتج إلا من أن أوراق البكنوت جعل لها سعر إلزامي إلى جانب سعرها الرسمي ، فكان للمعاكم مطلق الحرية في تحديد مدى بطلان شرط الدفع ذهباً متسوحة في ذلك أسباب النظام العام القومي وحدها . ورغم من الحملات المتكررة التي حلها بعض الفقهاء على أحكام القضاء في هذا الشأن فإن المحاكم لم تلق صعوبة في الحكم بطلان شرط الدفع ذهباً في الاتفاقات الداخلية ، على أن سيرتها كانت غير ذلك بالنسبة للاتفاقات ذات الصلة الدولية . وقد حاولت المحاكم الفرنسية أول الأمر (راجع حكم محكمة النقض والإيرام الصادر في ٢ يونيو سنة ١٩٢٠) اعتبار شرط الدفع ذهباً باطلاً إذا كان المدين فرنسياً وصحياً حيث يكون من شأن وفاة أجنبي بدنه دخول الذهب في فرنسا . ولكنها انتهت إلى اعتقاد صحة شرط الدفع ذهباً في العقود ذات الصلة الدولية إطلاقاً . ويرى بعض السراخ أن المذهب الأخير لا يختلف عن المذهب الأول في تحقيق المصالح القومية إذ كانت فرنسا دائنة للبلاد الأجنبية غير مدته . وقد أيد قانون تثبيت التمد الصادر في سنة ١٩٢٨ قضاء المحاكم بأن استثنى الديون الدولية لشرط دفعها ذهباً بقيمة الفرنك الجديد . ولولا النص صراحة على هذا الاستثناء لانسحب حكم ذلك القانون على الديون الداخلية والدولية على السواء . على أنه بالرغم مما لقضاء المحاكم الفرنسية من قوة السند والحجة فإن التفرقة بين هذين النوعين من الوفاء (ولم يحاول أحد بناءً على أساس قانوني مقبول) غير مسلمة في جميع البلاد . فالمحاكم الإنجليزية الثلاث التي نظرت في دعوى شركة « تعاون البلديات البلجيكية للسكراب » قضت اثنتان منها (المحكمة الابتدائية والمحكمة الاستئنافية) بطلان شرط الدفع ذهباً ، وقضى مجلس اللوردات صحة الشرط المذكور ، دون أن يفعل أي تلك الأحكام الثلاثة للصفة الدولية للاتفاق أي شأن فيما ذهب إليه من الصحة أو البطلان ، ثم إن قانون النقد الإنجليزي ينطبق على وتيرة واحدة على العقود الداخلية والدولية . وفي إيطاليا من جهة أخرى كان قد صدر قانون في أول مايو سنة ١٨٦٦ يقضي على الحكومة والأفراد بقبول التعامل بأوراق البكنوت (وكان لها سعر إلزامي) بقيمتها الإسمية كما لو كان لها نفس القيمة الفعلية للسكرابات ولو نس العقد على خلاف ذلك . ومن ذلك القانون مبدولاً به حتى سنة ١٨٨١ ، ولم تكن محاكم إيطاليا تنفرد في تطبيق هذا القانون بين العقود تبعاً لمصفاً بأنها داخلية أو دولية ، وكانت تقضي بطلان ما تضمنته الاتفاقات الدولية من =

يسرى على الماضي . وهو يتضمن النص الآتي : « تبطل شروط الدفع ذهبا في العقود التي يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية والتي تكون قد قومت بالجنهات المصرية أو الاسترلينية أو بنقد أجنبي آخر كان متداولاً قانوناً في مصر (الفرنك والجنهه التركي) . ولا يترتب عليها أى أثر . ولا يجرى هذا الحكم على الالتزام بالوفاء بمقتضى المعاهدات أو الاتفاقات الخاصة بالبريد أو التلغراف أو التليفون » .

ومنذ صدور هذا القانون استقر قضاء المحاكم المصرية على بطلان شرط الذهب في المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء (١) . ولا يزال هذا القانون سارياً إلى اليوم . لأن القانون المدنى الجديد لم يعرض لهذه المسألة ، بل تركها للتشريعات الخاصة باعتبارها من المسائل الاقتصادية المتغيرة (٢) . وقانون سنة ١٩٣٥ هو التشريع الخاص الذى لا يزال قائماً والذي يرجع إليه في بطلان شرط الذهب . دون تمييز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية .

= شروط الدفع ذهبا . وفي مصر ينكى نظام أوراق البنوك من حيث سعرها الرسمى والإلزامى ما هو حاصل في وقتها هذا بأمريكا وبين سنتي ١٨٦٦ و ١٨٨١ في إيطاليا . ذلك أنه يوجد نص صريح لا يمتثل أى تفرقة بين العقود التي يسرى عليها حكمه (مجموعة القوانين والراسم والأوامر الملكية لسنة ١٩٣٥ من ١٧٣ - من ١٧٥) .

(١) محكمة الاستئناف المختاطة في ١٨ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ م ١٤٢ . وقد قضت هذه المحكمة في حكم آخر (٣١ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ م ٢٠٣) بأن بطلان شرط الذهب والشروط المانعة في عقد لا يستتبع بطلان العقد كله أو بطلان الشروط الأخرى التي اتفق عليها المتعاقدان وتلاقت عندها إرادتهما في صدد طريقة وفاة الدين و مواعيد الوفاء والفوائد وغير ذلك . وحيث يكون شرط الذهب مشروطاً بأنه يكون باطلاً سواء كان صريحاً أو ضمناً ، يكون إذن باطلاً كل شرط — أياً كانت صورته — أملاء اعتبار يرجع لعدم الثقة في العملة الوطنية ، وبخاصة الشروط التي يخبر بمقتضاها المتعاقد بين أنواع العملة وشروط الدفع بعملة أجنبية . وأن المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ م يذهب على وجه قاطع التمييزاً بين المعاملات الداخلية والمعاملات الدولية . وإذا كان شرط الذهب المتفق عليه في عقد باطلاً ، فإنه لا يجوز للدائن أن يطالب على أساس المسؤولية التقديرية ويدعوى الفسخ بمبلغ يساوى ما خسره من جراء نزول الجنهه المصري ، فإن ذلك يكون تخالفاً منه للحصول بطريق غير مباشر على ما لم يستلزم الحصول عليه بطريق مباشر بمقتضى شرط الذهب — ومع ذلك قضت محكمة الاستئناف المختاطة في أحكام أخرى بأنه إذا اشترط أن يكون الدفع بعملة أجنبية صح الشرط ، ووجب الدفع بهذه العملة : ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ م ٢٤٢ — ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ م ٣ .

(٢) وقد رأينا فيما تقدم (فقرة ٢٢٥ في الهامش) أن المشروع التمهيدي تضمن نصاً (١٨٧ م) يحرم شرط الذهب ولكن يبيح في الوقت ذاته شرط الودء بنقود أجنبية محسوبة بصر قطبها . وقد حذف النص في المشروع النهائي لأنه يقرر سكام في مسائل اقتصادية متغيرة يحسن تركها لقانون خاص . وكانت مزية هذا النص أنه يحسم الخلاف في صحة شرط الوفاء بنقود أجنبية محسوبة بصر قطبها . والآن وقد حذف النص فإن الخلاف في صحة هذا الشرط يبقى قائماً . وقد رأينا تضارب أحكام القضاء المختص في هذه المسألة .

المبحث الثالث

المحل قابل للتعامل فيه

(dans le commerce)

(لنظام العام والآداب)

٢٢٧ - متى يعتبر الشيء غير قابل للتعامل فيه : يكون الشيء غير

قابل للتعامل فيه . فلا يصلح أن يكون محلاً للالتزام ، إذا كانت طبيعته أو الغرض الذي خصص له بأمر ذلك ، أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع .

فالشيء لا يكون قابلاً للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلاً للتعاقد . كالشمس والهواء والبحر . ويرجع عدم القابلية للتعامل إلى استحالته (١) .

وقد يصبح التعامل ممكناً في هذه الأشياء من بعض النواحي ، فأشعة الشمس يحددها المصور (الفوتوغرافي) . والهواء يستعمله الكيميائي في أغراضه . والبحر يؤخذ من مائه ما يصلح أن يكون محلاً للائتمان . فعند ذلك نصبح الشمس والهواء والبحر قابلة للتعامل فيها من هذه النواحي الخاصة ، وتصلح إذن أن تكون محلاً للالتزام .

وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه بالنظر إلى الغرض الذي خصص له . فالملك العام لا يصح بيعه ولا التصرف فيه لأنه مخصص لمنفعة عامة ، وتخصيصه هذا يتناقض مع جواز التصرف فيه . والمال الموقوف ، يجعل ريعه لسلسلة من المتفعين ، يقتضي ألا يجوز التصرف فيه ما دام وقفاً . وعدم القابلية للتعامل هنا نسبي . فالملك العام إذا كان لا يصلح محلاً للتصرف فإنه يصلح محلاً للإيجار ، كما في شغل جزء من الطريق العام أو منح رخصة لإقامة حمامات أو «كابينات» على شواطئ البحار . والمال الموقوف إذا كان لا يجوز بيعه فإنه يجوز إيجاره . والضابط في كل هذا أن عدم القابلية للتعامل إنما يرجع

(١) أما إذا كان الشيء يمكن التعامل فيه ولكن لا مالك له ، فهو مال مباح ، كالطير في الهواء والسمك في البحر ، وتلك من يتولى عبه ويستطيع أن يتعامل فيه .

إلى الغرض الذى خصص الشيء له ، فكل تعامل يتناقض مع هذا الغرض لا يجوز ، أما التعامل الذى لا يتناقض معه فهو جائز .

وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل لأن ذلك غير مشروع . وعدم المشروعية يرجع إما إلى نص فى القانون أو إلى مخالفة هذا التعامل للنظام العام أو للآداب . على أن نص القانون الذى يمنع من التعامل فى الشيء يكون مبدئياً على اعتبارات ترجع هى ذاتها إلى النظام العام أو إلى الآداب . فما ورد فيه نص يحرم التعامل فيه إنما هو فى الوقت عينه مخالف للنظام العام أو للآداب أو لها معاً . ووجود النص دليل على عناية المشرع بالأمر فأثر أن يورد له نصاً . أو هو إيضاح فى مقام قد يكون عدم النص فيه مؤدياً للغموض ، كالنص الذى يحرم التعامل فى التركة المستقبلية . أو هو تحديد لأمر يرى المشرع تحديده . كما حدد الربا الفاحش . أو هو تحريم لأمر تقضى ظروف البلد الخاصة بتحريمه . كما حظر المشرع المصرى الاتجار فى الحشيش والمخدرات وكما حرم بيع الوفاء . فيمكن القول إذن إن المحل يكون غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب . سواء ورد نص فى القانون بتحريمه أو لم يرد . وتقرر المادة ١٣٥ من القانون المدنى الجديد هذه القاعدة العامة فى العبارات الآتية : «إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العتد باطلاً (١)» . فلا يجوز إذن أن يكون الشيء المخالف للنظام العام أو الآداب محلاً للالتزام ؛ ويتبع ذلك أنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف النظام العام أو الآداب .

فإذا عرفنا النظام العام والآداب أمكن أن نقرر ما إذا كان نص معين فى القانون يعتبر من النظام العام أو الآداب فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه ، وأمكن أيضاً أن نقرر حتى عند انعدام النص ما إذا كان الشيء مخالفاً للنظام العام أو الآداب فلا يصح أن يقوم عليه الالتزام . وهذا ما نتولى الآن بحثه .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٨٨ من المشروع التيهدى على النحو الآتى :

« يكون محل الالتزام غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب » . وفى لجنة المراجعة عدل النص لإيراد الحكم القاضى بإعلان العتد ، فأصبح « باطلاً للنس الذى انتهى إليه القانون الجديد ، وقدم فى المشروع النهائى تحت رقم ١٣٩ . ووافق مجلس النواب عليه تحت الرقم ذاته . ثم وافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٣٥ ، وكذلك وافق عليه مجلس الشيوخ دون تعديل (بمجموعة الأعمال التعضيرية ٢ ص ٢٢٢ — ص ٢٢٤) .

٢٢٨ - النظام العام والآداب (*) L'ordre public et les bonnes moeurs

المبادئ القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصدها إلى تحقيق مصلحة عامة ، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية . تتعلق نظام المجتمع لأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد . فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ، ولا يجوز لهم أن يخاصموا بها باتفاقات فيما بينهم ، حتى لو حثفت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية . فإن المصالح الفردية لا تقوم أمام مصلحة العامة . ويلاحظ أن دائرة النظام العام تضييقاً إذ قسمت لثلاثة المذاهب الفردية ، فإن هذه المذاهب تطلق الحرية للفرد ، فلا تتدخل الدولة في شؤونه ، ولا تحميه إذا كان ضعيفاً ، ولا تكبح جماحه إذا كان قوياً ، فإذا تعالت الرغبة الاشتراكية ومذاهب النظام الاجتماعي اتسعت دائرة النظام العام ، وأصبح للدولة تقوم بشؤون كانت تتركها للفرد . وتتولى حماية الضعيف ضد القوي . بل هي تحمي الضعيف ضد نفسه ، كما رأينا ذلك في عقود الإذعان وفي نظرية الاستغلال . ولا نستطيع أن نحصر النظام العام في دائرة دون أخرى . فهو شيء متغير . يضيق ويتسع حسب ما يعده الناس في حضارة معينة « مصلحة عامة » . ولا توجد قاعدة ثابتة تحدد « النظام العام » تحديداً مطلقاً يتمشى على كل زمان ومكان . لأن النظام العام شيء نسبي . وكل ما يستطيعه هو أن نضع معياراً مرناً يكون معيار « المصلحة العامة » . وتطبيق هذا المعيار في حضارة معينة يؤدي إلى نتائج غير التي نصل إليها في حضارة أخرى (١)

(*) بعض المراجع : بارتان (Bartın) في الشروط المستحيلة وغير المشروعة والمخالفة للآداب —

سافاتييه (Savator) آثار الواحد الأدبي وجزاؤه (رسالة من بواتيه سنة ١٩١٦) — مارميون (Marmion) في قوانين النظام العام (رسالة من باريس سنة ١٩٢٤) — ريبير (Ripert) في القاعدة الحلقية في الالتزامات — تشاندروف (Chavdaroff) في الآداب (رسالة من باريس سنة ١٩٢٧) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد . يأتي : « ويلاحظ أن فكرة النظام العام فكرة مرنة جداً . وقد بلغ من أمر مرونتها أن عمد القنصلان إلى إغفال النص عليها عند صياغة المادة ١٣٨ . فبلى أثر مناقشات هامة عنيفة جرت بينه خمس في مجلس الريستاج انتهى الأمر إلى استبعاد نصهم بمحذرة جاء بها ذكر العهد الخالف للآداب وللنظام العام كذلك . وكان الاعتقاد السائد أن نظرية النظام العام تنمى على فكرة عامة مجردة قد تترتب عليها نتائج بالغة الخطورة ، من بينها أن القاضى ربما أبلغ نفسه أن بعد من النظام العام نظرية فلسفية أو دينية يبنينا على مجموعة المفاهيم الدستورية أو على سياسة التوزيع =

والآداب . في أمة معينة وفي جيل معين . هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية . وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس . وللدين أثر كبير في تكيفه . وكلما اقترب الدين من الحضارة ، كلما ارتفع المعيار الخلقي ، وزاد التشدد فيه . ومن هنا نرى أن العوامل التي تكيف الناموس الأدبي كثيرة مختلفة . فالعادات والعرف والدين والتقاليد وإلى جانب ذلك . بل في الضخم منه . ميزان إنساني يزن الحسن والقبح ، ونوع من الإلهام البشري يميز بين الخير والشر ، كل هذه العوامل مجتمعة توجد الناموس الأدبي الذي تخضع الناس له . ولو لم يأمرهم القانون بذلك . ومعيار الآداب أو «الناموس الأدبي» ليس معياراً ذاتياً يرجع فيه كل شخص لنفسه ولتقديره الذاتي . بل هو معيار اجتماعي يرجع فيه الشخص لما تواضع عليه الناس . وهو في ذات الوقت معيار غير ثابت . يتطور تبعاً لتطور الفكرة الأدبية في حضارة معينة . فهناك أمور كانت تعتبر مخالفة للآداب فيما مضى ، كالتأمين على الحياة والوساطة في الزواج والعري ، أصبحت الآن ينظر لها نظراً آخر . وهناك بالعكس أمور أصبحت الآن مخالفة للآداب ، كالاسترقاق وإدخال المهربات في بلاد أجنبية . وكانت

العاملة أو على رأيه الخاص في المسائل الاجتماعية أو الفلسفة الأخلاقية أو الدينية . وقد دافع الحزب الاشتراكي بكل قوته عن النص المقرر لفكرة النظام العام . وكان يرى من ذلك إلى اعتبار كل عقد لا يتفق ومبادئ حماية الطبقة العاملة مخالفاً للنظام العام . على أن هذه النتائج بذاتها هي التي جعلت غالبية أعضاء الريستاج تنفر من النص المقرر للنظام العام ومن كل معيار فطري ، ورغب في وضع معيار عملي يمتح قوامه العرف والمبادئ المستقاة من الآداب العامة . وعلى هذا النحو لا تكون الاتفاقات التي أشار إليها الحزب الاشتراكي باطلة طبقاً لمذهب من المذاهب الاشتراكية وإنما بناء على التيار الإجماعي للآداب العامة (تعليقات على التفتين الألماني الجزء الأول س ١٥٤ - س ١٥٥) . ومهما يكن من أمر فليس في الوسع نبذ فكرة النظام العام دون أن يستتبع ذلك اضراح ما تبتعد واستقر من التقاليد . وقد رؤى من الواجب أن يفرد مكان لهذه الفكرة في نموس المشروع لثقل متفذاً رئيسياً تجد منه التيارات الاجتماعية والأخلاقية سبيلها إلى النظام القانوني لتبث فيه ما يعوزه من عناصر الجدة والحياة . بيد أنه يخلق بالقاضي أن يتحرز من إحلال آرائه الخاصة في المدل الاجتماعي محل ذلك التيار الجامع للنظام العام أو الآداب . فالواجب يقتضيه أن يضيق مذهباً عاماً تدين به الجماعة بأسرها لا مذهباً فردياً خاصاً . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ س ٢٢٣) .

من قبل غير ذلك (١) .

ونرى من ذلك أن النظام العام والآداب هما الباب الذى تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية ، فتؤثر فى القانون وروابطه ، وتجعله يتمشى مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية والخلقية فى الحيل والبيئة . وتوسع دائرة النظام العام والآداب أو تضيق تبعاً لهذه التطورات ، وطريقة فهم الناس لنظم عصرهم ، وما تواضعوا عليه من آداب ، وتبعاً لتقدم العلوم الاجتماعية . كل هذا يترك للقاضى يفسره التفسير الملائم لروح عصره . فالقاضى يكاد إذن يكون مشرعاً فى هذه الدائرة المرنّة ، بل هو مشرع يتقيد بآداب عصره ونظم أمته الأساسية ومصالحها العامة (٢) . ونحن فى العصور الحاضرة نشهد تغلب النزعة الاشتراكية واتساع دائرة النظام العام من ناحية ، ونشهد من ناحية أخرى تأثير القانون المضطرب بالعوامل الخلقية . حتى صبح أن يسمى هذا العصر بعصر تغلغل الروح الاشتراكية والروح الخلقية فى القانون (socialisation et moralisation du droit) (٣) . على أن الفكرتين اللتين تسودان النظام العام والآداب . فتبعثان فيهما الحصب والمرونة والقابلية للتطور هما :

(أولاً) فكرة المعيار . فمعيار النظام العام هو المصلحة العامة ، ومعيار الآداب هو التاموس الأدبى . وهما معياران موضوعيان لا ذاتيان .
(ثانياً) فكرة النسبية ، فلا يمكن تحديد دائرة النظام العام والآداب إلا فى أمة معينة ، وفى جيل معين .

(١) وقد يستعين القانون على جعل التواعد الخلقية تتدخل فى الروابط القانونية من طريق الانترام الطبيعى . فالاعتراف بالحيل قاعدة حقية لا يجعلها القانون ملزمة ، ولكن إذا أعطى شخص آخر مالا ، لا تكرمنا منه بل اعترافاً بحيل عليه ، فالقانون يعد هذا وفاء لالتزام طبيعى وليس تبرعاً . فالقانون إذن قد ينهى بطريق غير مباشر عما تنهى عنه الأخلاق مباشرة ، بأن يجعل الاتفاق الخائب الآداب باطلاً . وقد يأمر ، بطريق غير مباشر أيضاً ، بما تأمر به الأخلاق مباشرة ، بأن يجعل هذا الذى تأمر به التزاماً طبيعياً فى دمة الدين .

(٢) ومن هنا كان البت فيما إذا كانت قاعدة قانونية تعذر من النظام العام أو من الآداب مسألة قانون ، تخضع لرقابة محكمة النقض .

(٣) وما هو جدير بالذكر أنه حيث توسع دائرة النظام العام يضيق مبدأ سلطان الإرادة ، وحيث تضيق هذه الدائرة يتسع المبدأ . وقد سبق أن بينا أن مبدأ سلطان الإرادة يتقيد بالنظام العام والآداب .

وخير سبيل لتحديد ما يراد بالنظام العام والآداب أن نورد تطبيقات عملية لذلك ، فنستعرض اتفاقات تحالف النظام العام ، وأخرى تحالف الآداب ، في عصرنا الحاضر .

المطلب الأول

الاتفاقات التي تحالف النظام العام

٢٢٩ - روابط القانون العام وروابط القانون الخاص : حاول

بعض التفهاء حصر النظام العام في دائرة روابط القانون العام ، وهذه نظرة فردية متطرفة يكذبها الواقع ، فإن النظام العام يدخل دون شك في روابط القانون الخاص ، ولا يقتصر على دائرة القانون العام . وقد أريد التمييز في روابط القانون الخاص بين روابط الأحوال الشخصية وروابط المعاملات المالية ، فالأولى تعتبر من النظام العام والأخرى لا تعتبر كذلك . وهذه أيضاً نظرة ضيقة للنظام العام ، فمن روابط المعاملات المالية ما يحقق مصلحة عامة كما يتبين ذلك من التطبيقات التي سنوردها .

§ ١ - روابط القانون العام

٢٣٠ - أنواع هذه الروابط : القانون العام ينظم روابط الأفراد

باليثبات العامة وروابط الهيئات العامة بعضها ببعض . وهذا التنظيم ينظر فيه إلى المصلحة العامة ، فلا يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يتعارض مع هذه المصلحة تحقيقاً لمصالحهم الفردية .

وبشمل القانون العام فيما يشمله : (١) القواعد الدستورية والحريات العامة . (٢) النظم الإدارية والمالية . (٣) النظام القضائي . (٤) القوانين الجنائية . ونورد أمثلة لكل فرع من هذه الفروع .

٢٣١ - القواعد الدستورية والحريات العامة : القاعدة الدستورية

التي تقرر حرية الترشيح والانتخاب تعتبر من النظام العام ، ولا يجوز لمرشح أن ينزل عن ترشيحه لمرشح آخر بمقابل أو بغير مقابل ، كما لا يجوز

لناحب أن يتفق مع مرسح على إعطائه صوته ، وكل اتفاق من هذا القبيل باطل لخالفته للنظام العام . كذلك النائب في هيئة تشريعية حر في تكوين رأيه في الامايل التي تعرض على الهيئة التي ينتهى إليها . فلا يجوز أن يقبل نفسه باتفاق على أن يعزل صوته لرأى معين ، كما لا يجوز له الزول عن عضويته .

والحريات العامة التي مرسح لم يتصور هى أيضاً من النظام العام ، وذلك كالحرية الشخصية . وما يتبع عنها من حرية الإقامة ، وحرية الزواج . وحرمة النفس والحارمة الأدبية . . حرية الدين والاعتقاد ، وحرية الاجتماع ، وحرية العمل والتجارة .

فلا يجوز لأحد الزول عن حريته الشخصية (أنظر المادة ٤٩ من القانون المدل الجديد) . ولا يجوز لأحد أن يتعهد بخدمة آخر طول حياته أو طول حياة الخدم . فإذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أوجب العمل أو لأكثر من خمس سنوات . جاز لمعمل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض على أن يظفر ب العمل إلى ستة أشهر (أنظر الفقرة الثانية من المادة ٦٧٨ من القانون المدعى الجديد) .

وتنص المادة السابعة من الدستور على أنه « لا يجوز إبعاد مصرى من الديار المصرية . ولا يجوز أن يحظر على مصرى الإقامة في جهة ما ولا أن يلزم الإقامة في مكان معين إلا في الأحوال المثينة في القانون » . ومع ذلك يجوز أن يتعهد شخص بتحديد محل إقامته لمدة معينة إذا كان هناك سبب مشروع لذلك ، كما يجوز أن يتعهد شخص بعودة الإقامة في جهة معينة إذا وجد مبرر قوى لهذا التعهد . وفي الحالتين يكون جزاء الإخلال بالالتزام هو التعويض لا التنفيذ العيني .

وحرية الزواج من النظام العام . فإذا تعهد شخص ألا يتزوج مطلقاً . كان هذا التعهد في الأصل باطلا ، كما إذا تعهدت امرأة لخليلها السابق ألا تتزوج أصلا . ومع ذلك قد يكون التعهد صحيحاً إذا وجد سبب مشروع يبرره ، كما إذا تعهدت زوجة لزوجها ألا تتزوج بعد ترملها وكان لها من زوجها أولاد يربد الزوج أن يكفل لهم رعاية أهمهم بعد موته . وإذا كان

التعهد صحيحاً ، فلا يكون جزاء الإخلال به بطلان الزواج ، بل يدفع المتعهد تعويضاً عن إخلاله بالتزامه ، ويغلب أن يكون الجزاء هو حرمان المتعهد من الهبة أو الوصية التي أعطيت له أو من المعاش الذي رتب له . وإذا تعهد شخص بأن يتزوج من شخص معين ، فهو غير مقيد بتعهده ، ويجوز له العدول عن هذه الخطبة أو عن هذا التعهد ، ولا يكون مسئولاً بمقتضى العقد وإن جاز أن يلتزم بالعمل غير المشروع لفسخه الخطبة في وقت غير لائق أو لارتكابه خطأ.

وللنفس حرمة لا يجوز انتهاكها باتفاقات تتعارض مع سلامتها . فيكون باطلاً كل اتفاق يتعهد بمقتضاه شخص أن يعرض سلامته لخطر لا توجه الضرورة ، كالاتفاق على المباراة أو الملاكمة أو المصارعة . وإن كان هناك ميل في الوقت الحاضر إلى إباحة التعاقد في الألعاب الرياضية حتى لو كانت عنيفة كالملاكمة والمصارعة لانتشار هذه الألعاب ورضاء الرأي العام عنها . وكحرمة النفس الحرمة الأدبية لا يجوز انتهاكها . فلا يصح أن يتنازل مؤلف عن حقه الأدبي في إدخال ما يراه من التعديل على تأليفه ، حتى لو كان قد نزل عن حقوقه المادية في مؤلفه .

ويكون باطلاً كل اتفاق يقيد من حرية الشخص في اعتناق الدين الذي يختاره ، وكل اتفاق يقيد الشخص بعبادة معينة أو بمذهب معين من مذاهب التفكير .

ولكل شخص الحق في أن يجتمع مع غيره ، في هيئة أو جماعة ، وأن ينتمى إلى ما يشاء من الجمعيات ما دام الغرض الذي تألفت من أجله هذه الجمعيات مشروعاً . أكثر ما يطبق هذا المبدأ في حالة نقابات العمال ، فلكل عامل الحق في الانضمام إلى النقابة التي يختارها ، وهو حر كذلك في ألا ينضم إلى نقابة ما . على أنه قضى بصحة اتفاق تعهد صاحب العمل بمقتضاه ألا يستخدم من العمال إلا من كان منضمّاً إلى نقابة ، فتقيدت بذلك حرية العامل على نحو ما في أن يبقى بعيداً عن النقابات (١) .

(١) محكمة النقض الفرنسية في ٢٤ أكتوبر سنة ١٩١٦ دالوز ١٩١٦ - ١ - ٢٤٧ وسيريه ١٩٢٠ - ١ - ١٧ مع تعليق بنكاز - أنظر في هذه المسألة بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٢٤٨ .

ولكل شخص الحرية الكاملة في اختيار العمل الذي يتخذه حرفة له وفي القيام بما يشاء من أنواع التجارة . ولا يجوز أن يحرم شخص من هذه الحرية ولو رضى بهذا الحرمان . وأكثر ما ترد القيود الاختصاصية على حرية التجارة والعمل في عقود بيع المتاجر وفي عقود العمل . فإذا باع صاحب المتجر متجره . فهو ملزم بضمان تعرضه الشخصي بمقتضى عقد البيع ذاته . ولا يجوز له بناء على ذلك أن يدير متجراً آخر يتزعج به عملاء المتجر القديم ، وإلا كان متعزماً للمشتري ووجب الضمان . ولكن المشتري لا يكتفى عادة بهذا الضمان الذي يقرره القانون ، بل يشترط في عقد البيع أن يكف البائع عن العمل في هذا النوع من التجارة . كذلك كثيراً ما يشترط صاحب العمل على من يستخدمه في عمله ألا يلتحق بعمل مماثل إذا انقطع عن عمله الأول ، فيأمن بذلك على أسرار الصناعة أن يستغلها العامل في منافسته بعد أن يكون قد ألم بها عنده . فإذا تعهد شخص ألا يعمل في تجارة معينة أو يلتحق بعمل معين ، فقد قيد بذلك من حريته في التجارة والعمل . وقد يكون هذا القيد مخالفاً للنظام العام . وكان القضاء في فرنسا وفي مصر يبطل القيد لمخالفته للنظام العام إذا كان مطلقاً غير محدود لا بزمان ولا بمكان . أما إذا قيد بزمان ، كأن يتعهد الشخص بأن يمتنع عن العمل أو التجارة مدة معينة ، أو بمكان ، كأن يلتزم المتعهد بالامتناع عن العمل أو التجارة في مكان معين ، كان التعهد صحيحاً (١) . ثم بدا ميل من جانب القضاء إلى العدول عن هذه القواعد الجارمة واستبدال معيار مرن بها ، فلا يكون المدار في الصحة والبطالان أن يتقيد التعهد بزمان أو بمكان ثللاً بيقيد ، بل المهم أن

(١) محكمة النقض الفرنسية في ٢ بولية سنة ١٩٠٠ - سيرة ١٩٠٤ - ١ - ١٧٥ - حكم ثان في ١٤ مارس سنة ١٩٠٤ - سيرة ١٩٠٤ - ١ - ٤٤٤ - حكم ثالث في ١٥ بولية سنة ١٩٢٢ - سيرة ١٩٢٢ - ١ - ٢٠٠ .

وانظر محكمة مصر الملكية الوضعية في ٢٢ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسية ١٣ رقم ١٢٠ من ٢٥٠ - محكمة بي سويس في ٢٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسية ١٤ رقم ٩٥ من ١٨٤ - محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢١ بولية سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ٣٢٥ من ٦٥٥ . محكمة الاستئناف المختلطة في ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ من ٤٦ - وفي ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ من ٤٢ - وفي ٢ فبراير سنة ١٩٢٣ م ٤٥ من ١٥٦ .

يكون التعهد معقولاً (raisonnable) لا تعسف فيه . ولا يكون هناك تعسف إذا كان التعهد لازماً لحماية الدائن من منافسة المدين غير المشروعة حتى لو كان هذا التعهد مطلقاً من كل قيد في الزمان أو في المكان ، ويكون التعهد باطلاً إذا ما زاد عن الحد اللازم لهذه الحماية المشروعة حتى لو كان مقيداً في الزمان وفي المكان . فالعبرة إذن بمعقولية التعهد لا بتقييده (١) . وقد جاء القانون المدني الجديد مؤيداً هذا المعيار المرن ، فاشتراط لصحة التقييد أن يكون مقصوداً من حيث الزمان والمكان ونوع العمل على القدر الضروري لحماية مصالح رب العمل المشروعة (م ٦٨٦) ، وإذا انفق على شرط جزائي في حالة الإخلال بالامتناع عن المنافسة وكان في الشرط مبالغة تجعله وسيلة لإجبار العامل على البقاء في خدمة رب العمل مدة أطول من المدة المتفق عليها كان هذا الشرط باطلاً وينسحب بطلانه أيضاً إلى شرط عدم المنافسة في جملة (م ٦٨٧) (٢) .

٢٣٢ - النظم الإدارية والمالية : كذلك النظم الإدارية والمالية تحقق

مصلحة عامة ، فهي إذن من النظم العام . ولا يجوز للأفراد ، باتفاقات خاصة ، أن يعارضوا تحقيق هذه المصلحة .

فيحرم على الموظف أن يبيع وظيفته أو أن ينزل عنها لآخر . على أن الوظيفة ذاتها شيء لا يجوز التعامل فيه فلا يصح أن يكون محلاً لتصرف ما .

(١) محكمة النقض الفرنسية في ١٧ مايو سنة ١٩١١ - بيه ١٩١٣ - ١ - ٢٥٣ - محكمة الاستئناف المختطة في ٧ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٦٠ - وفي ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٢ - وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ ص ١٦٢ رقم ١٤٦ - محكمة مصر الكلية الوضعية في ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ رقم ٢٩ ص ٧٩٠ .

وانظر في هذا الموضوع رسالة لنا باللغة الفرنسية في القيود التعاقدية الواردة على حرية العمل - ليون سنة ١٩٢٥ - وانظر أيضاً لاباتي (Labatut) في القيود الاتفاقية الواردة على حرية التجارة والصناعة والعمل في القضاء الفرنسي - تولوز سنة ١٩٢٨ .

(٢) ولكن التصرف في العملاء يجوز على النحو الآتي : يصعد طبيب مثلاً ألا يباشر مهنة الطب في جبة معينة وأن يقدم الطبيب الجديد - وهو الدائن في هذا العهد - لعملائه على اعتبار أنه خليفة ، ويصح هذا العهد في الغالب تازل من الطبيب القديم إلى الطبيب الجديد عن إيجار المسكان الذي حمل فيه عيادته . (انظر في هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف ص ٥٠٣ هامش رقم ٢)

كذلك لا يجوز للموظف أن يتعهد لشخص آخر بأن يستقيل من وظيفته ، سواء رعى من وراء هذه الاستقالة إلى تحقيق رغبة لدى هذا الشخص ، أو قصد منها أن يترك له وظيفته خالية حتى يتمكن من الحصول عليها . وكل عقد يرمى إلى جعل الموظف يستفيد من وراء وظيفته ، كأن يتعاقد على شيء متصل بأعمال الوظيفة فيجنى من وراء ذلك ربحاً . يكون عقداً باطلاً لمخالفته للنظام العام . وليس الأمر مقصوراً على الموظف . فكل وسيط يبذل وساطته في نظير مقابل يحصل عليه للوصول إلى نتيجة تحمّ النزاهة في الإدارة أن يكون الوصول إليها دون مقابل أو وساطة إنما يقوم بعمل غير مشروع ، ويكون تعاقد باطلاً . فاتفق الوسيط مع شخص على جعل يأخذه الوسيط إذا مكن هذا الشخص من الحصول على وظيفة أو على رتبة أو على وسام أو على امتياز من الحكومة أو «مقاوله» يرسو «العتاء» عليه فيها أو نحو ذلك يكون اتفاقاً باطلاً لمخالفته للنظام العام (١) . كذلك لا يجوز للموظف أن يقوم بعمل تجارى محرم عليه بل إن هناك من المهن . كالطب والمحاماة ، ما ينظم تنظيم إدارياً . ولا يجوز لمن يمارسها أن يخلط بينها وبين أعمال التجارة (٢) .

وإذا فرض قانون ضريبة وجب دفعها دون زيادة أو نقص . فإذا اتفق البائع والمشتري على ذكر ثمن في عقد البيع أقل من الثمن الحقيقي حتى تؤخذ رسوم التسجيل على الثمن المذكور في العقد . ففي مثل هذه الحالة تكون العبرة بالثمن الحقيقي لا بالثمن الصورى المكتوب . ولا يجوز كذلك الاتفاق على جعل الملتزم بدفع الضريبة شخصاً آخر غير الذى عينه القانون . لكن يجوز أن يتفق المؤجر والمستأجر على أن يقوم الثانى بدفع الضريبة المفروضة على العين المؤجرة بشرط أن يدخل ذلك في حساب الأجرة . ولا يمنع هذا الاتفاق من أن يبقى المؤجر ، إذا كان هو مالك العين ، ملتزماً بأداء الضريبة لخزينة الدولة .

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٣ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ من ٢٥٥ (السمى للحصول على رتبة أو نشان) — وانظر أيضاً في المني ذاته محكمة مصر الكلية الوطنية في ٥ يونية سنة ١٩٠١ الحقوق ٦ من ١٧٩ — المجموعة الرسمية ٣ رقم ٢/٨٥ .

(٢) فلا يجوز للمحامى أن يعمل وسيطاً بينه وبين موكله ويؤجر الوسيط على وساطته ، فهذا نوع من السمرة يأباه شرف المهنة . ولا يجوز أن يتفق طبيب مع صيدل على أن يرسل الطبيب عملاءه للصيدل ليشتروا منه الأدوية اللازمة لهم في مقابل جعل . ولا يجوز للمحامى أن يأخذ في مقابل «أنتابه» جزءاً من الحق المتنازع عليه ، فإن هذا نوع من الاتجار بالمهنة واستغلال لضعف الموكل .

وقدر أينا فيما تقدم أن القوانين التي تنظم النقد والعملة تعتبر من النظام العام . وأن شرط الدفع بالذهب باطل في المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء (١).

٢٣٣ - النظام القضائي : نظم التقاضي تحقق في مجموعها « مصلحة عامة » ، وكثير من هذه النظم لا تجوز معارضته باتفاقات فردية .

فمحدد اختصاص المحاكم - فيما عدا الاختصاص المحلي - يعتبر من النظام العام . ولا يجوز للخصوم أن يتفقوا على اختصاص محكمة تكون غير مختصة بالنسبة إلى ولايتها أو بالنسبة إلى اختصاصها النوعي . فيرفعوا قضية من اختصاص المحاكم الشرعية إلى محكمة من المحاكم الوطنية أو قضية من اختصاص المحاكم الابتدائية إلى محكمة جزئية . وقد كان قانون المرافعات الوطني القديم لا يعتبر مسائل الاختصاص النوعي من النظام العام .

وقابلية الحكم للطعن فيه بطريق المعارضة أو الاستئناف أو النقض أو التماس إعادة النظر أو نحو ذلك قد تعتبر من النظام العام . فلا يجوز للخصوم أن يتفقوا على أن المعارضة جائزة في حكم حضوري . أو أن الاستئناف جائز في حكم لا يقبله . ولكن يجوز الاتفاق على أن الحكم الذي يصدر من محكمة أول درجة لا يستأنف ولا يعارض فيه حتى لو كان قابلاً للاستئناف أو للمعارضة (٢) .

٢٣٤ - القوانين الجنائية : ولا تجوز مخالفة القوانين الجنائية باتفاقات خاصة .

لأن هذه القوانين تعتبر من النظام العام . فيعد باطلا الاتفاق على ارتكاب جريمة أو الاتفاق على عدم ارتكاب جريمة لقاء مبلغ من المال . ويعد باطلا أيضاً الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه شخص بأن يتحمل عن آخر ما قد عسى أن يتعرض له من مسؤولية جنائية ، والاتفاق التي يلتزم بمقتضاه شخص بأن يدفع الغرامات التي يحكم بها جنائياً على شخص آخر . ولا يجوز بمقتضى اتفاق خاص أن تخلق جريمة ليست موجودة في القانون . كأن

(١) أنظر آخراً فقرة ٢٢٦ .

(٢) أنظر قواعد الإثبات وحل تعتبر من النظام العام . نظرية المقعد للدولف فقرة ٨٧ .

يتفق الدائن والمدين على اعتبار عدم وفاة المدين بدينه تبديداً . فالتبديد لا يكون إلا في عقود معينة معينة على سبيل الحصر (١) .

٢٤ - روابط القانون الخاص

٢٣٥ - **الأموال الشخصية والمعاملات المالية** : هذه الروابط إما أن تكون متعلقة بالأحوال الشخصية . أو داخلية في دائرة المعاملات المالية .

٢٣٦ - **الأموال الشخصية** : كثير من روابط الأحوال الشخصية يحقق مصلحة عامة ويعتبر من النظام العام . فلا يجوز للأفراد تعديلها باتفاقات فيما بينهم . من ذلك الحالة المدنية للشخص وأهليته وعلاقته بأسرته . فلا يجوز تعديل الحالة المدنية باتفاق خاص ، كأن يتفق شخص مع آخر على تعديل جنسيته أو تغيير اسمه أو التنازل عن بنوته لأبيه أو الصلح على شيء من ذلك . بل إن القانون المدني الجديد حمى بنصوص صريحة الحقوق الملازمة للشخصية من أن يعتدى عليها . فنصت المادة ٥٠ على أنه « لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » . ونصت المادة ٥١ على أنه « لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مرر . ومن انتحل الغير اسمه دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » . أما إذا أصبح اسم الشخص اسماً تجارياً فإنه يكون مالا يجوز الزول عنه وبيعه والتصرف فيه .

وقواعد الأهلية من النظام العام . فلا يستطيع شخص أن ينزل عن أهليته أو يزيد فيها أو ينقص منها باتفاق خاص . وقد نصت المادة ٤٨ من القانون المدني الجديد على أنه « ليس لأحد الزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها » . وكالأهلية الولاية . فلا يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يزيد أو ينقص من حدود ولايته .

(١) ومن ذلك أن يتفق البائع والمشتري - في البيع بالنسيئة - على أن يسما البيع إجماعاً حتى تنوافر أركان جريمة التبديد .

وعلاقة الشخص بأسرته وما له من حقوق وما عليه من واجبات كل هذا يعتبر من النظام العام إذا لم يكن حقوقياً مالية محضة . مثل ذلك الحقوق والواجبات التي تنشأ من عقد الزواج . فلا يجوز الاتفاق ما بين الزوجين على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته في الطاعة والأمانة الزوجية أو تعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها من النفقة والرعاية . ولا يجوز للزوج المسلم أن ينزل عن حقه في الطلاق (١) . كذلك الحقوق والواجبات التي تنشأ من الأبوة تعتبر من النظام العام . فلأب حق تربية أولاده ، فلا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق يحدد طريقة تربية الأولاد أو يلزمه مقدماً باختيار دين معين لهم كأن تكون الأولاد على دين الأم مثلاً . والنفقات بمختلف أنواعها ، من نفقة الزوجة ونفقة الصغير والنفقة ما بين الأصول والفروع والنفقة ما بين ذوي الأرحام . تعتبر كلها من النظام العام ، فلا يجوز تنازل الشخص مقدماً عن حقه في مطالبة من تجب عليه النفقة له ، وإن كان يجوز التنازل عن النفقة المتجمدة بعد نجمدها .

٢٣٧ - المعاملات المالية : ومن روابط المعاملات المالية ما يحقق مصلحة

عامة فيعتبر من النظام العام . من ذلك الأسس التي يقوم عليها النظام الاقتصادي في البلاد ، فهي تارة تفسح المجال للنشاط الفردي ، وطوراً تحد من هذا النشاط لحماية الجانب الضعيف . ومن ذلك أيضاً الأحكام التي تكفل حماية الغير حسن النية .

فن الأسس التي تفسح المجال للنشاط الفردي وتكفل تداول المال واستثماره على خير وجه أن حق الملكية لا يجوز أن يقيد المالك في استعماله بغل يده عن التصرف فيه ، وشرط عدم التصرف باطل ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقتضوياً على مدة معقولة (م ٨٢٣ من القانون المدني الجديد) . ولا يجوز أن يقيد المالك بالبقاء في الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات

(١) أما إذا تعهد الزوج بتعويض زوجته إذا طلقها ، فليس في ذلك مخالفة لأحكام الشريعة ولا للنظام العام . لكن هذا التعهد ينتفى الالتزام به إذا كان الزوج لم يطلق زوجته إلا بناء على فعل أته هي اضطره إلى ذلك (تقض مدني في ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ بمجموعة عمر ٣ رقم ٣٥ ص ٨٥) . وبكيف التعهد بأنه التزام أصلي معلق على شرط موقف هو وقوع الطلاق بناء على فعل الزوج .

(م ٨٣٤ من القانون المدني الجديد) . لأن الشيوع بعيد عن أن يكون خير الوجوه لاستثمار الملكية .

ومن الأسس التي تكفل حماية الجانب الضعيف مآقره القانون في صدد عقود الإذعان من جواز تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك (م ١٤٩ من القانون المدني الجديد) . وما قرره من إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات في حالة الاستغلال (م ١٢٩ من القانون المدني الجديد) . وما قرره من إنقاص الالتزام المهرق في حالة الحوادث الطارئة (م ١٤٧ من القانون المدني الجديد) . وما قرره من جواز تخفيض الشرط الجزائي (م ٢٢٤ من القانون المدني الجديد) . وما قرره من عدم جواز الاتفاق على سعر للفائدة أعلى من السعر الذي يسمح به القانون (م ٢٢٧ من القانون المدني الجديد) .

ومن الأحكام التي تحمي الغير حسن النية القواعد التي رسمها القانون لشهر الحقوق العينية ، فيكون باطلا اتفاق البائع مع المشتري على أن تعتبر الحقوق العينية المترتبة على العين المبيعة سارية في حق المشتري ولو لم تشهر هذه الحقوق على الوجه الذي يتطلبه القانون . كذلك لا يتقيد الدائن باتفاقه مع المدين على تنازله مقدماً عن الطعن في تصرفات مدينه بالصورية أو بالدعوى البوليصية . ولا يجوز لشخص أن يشترط عدم ضمان تعرضه الشخصي أو عدم مسئوليته عن الغش الذي يصدر منه . ولا يجوز الإعفاء من المسئولية التقصيرية سواء كانت مبنية على غش أو على خطأ ، ولا الإعفاء من المسئولية العقدية إذا كانت مبنية على غش أو على خطأ جسيم .

المطلب الثاني

الاتفاقات التي تخالف الآداب

٢٣٨ - **المعرفات الجنسية** : كل اتفاق على إيجاد علاقات جنسية غير مشروعة باطل لمخالفته للآداب . كذلك يكون باطلا كل تعهد يلتزم بمقتضاه شخص أن يؤجر شخصاً آخر في مقابل إيجاد علاقات جنسية معه ، أو في مقابل استمرار هذه العلاقات ، أو العودة إليها إذا كانت قد انقطعت .

أما إذا كان المال الذى يتعهد الشخص بدفعه إنما هو على سبيل التعويض لما أصاب الشخص الآخر من ضرر من جراء العلاقات الجنسية ، فالتعهد صحيح ، بل هو اعتراف بالتزام طبيعى .

٢٣٩ - بيوت العهارة : وكل اتفاق يتعلق باستغلال بيوت العهارة

يعتبر باطلا لمخالفته للآداب ، ولو كانت هذه البيوت قد حصلت على ترخيص إدارى . فيع بيت يدار للعهارة ، وإيجاره ، وشراء مفروشات له ، واستئجار أشخاص ليقوموا بالخدمة فيه ، وإنشاء شركة لاستغلاله . وإقراض مال للإعانة على إدارته ، كل هذه عقود باطلة لمخالفتها للآداب . وسرى عند الكلام فى السبب أن هذه العقود تكون باطلة كذلك حتى لو وقعت على بيت لم يكن معداً للعهارة وقت صدورها . إذا تبين أن الباعث لأحد المتعاقدين على التعاقد هو إعداد البيت للعهارة وكان المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث .

٢٤٠ - المقامرة : ويكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان

لمخالفته للآداب . ولمن خسر أن يسرد ما دفعه فى خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك (م ٧٣٩ من القانون المدنى الجديد) . ويستثنى من ذلك الرهان الذى يعقده فيما بينهم المتبارون شخصياً فى الألعاب الرياضية ، ولكن للقاضى أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغاً فيه . ويستثنى أيضاً ما رخص فيه قانوناً من أوراق النصيب (م ٧٤٠ من القانون المدنى الجديد) . وبعد باطلا بيع بيت يدار للمقامرة وإيجاره وكل ما يقع عليه من العقود بقصد استغلاله للمقامرة ، سواء فى ذلك كان البيت معداً للمقامرة قبل صدور العقد ، ويكون المحل فى هذه الحالة مخالفاً للآداب ، أو لم يكن معداً لها ما دام الباعث على التعاقد هو إعداد البيت للمقامرة ، ويكون المخالف للآداب فى هذه الحالة هو السبب لا المحل كما رأينا فى بيوت العهارة

٢٤١ - أمثلة أخرى لاتفاقات مخالفة للآداب : وبعد مخالفاً للآداب

كسب المال من طريق غير شريف . فمن يتقاضى أجراً جزاء القيام بعمل كان يجب عليه القيام به دون أجر لا يستحق هذا الأجر ويكون عقده باطلا ،

كمن يتعهد برد وديعة عنده أو مال اقترضه أو شيء سرقه في مقابل أجر يأخذه . كذلك لا يجوز أن يتقاضى شخص أجراً للامتناع عن عمل يجب عليه الامتناع عنه دون أجر . كمن يتعهد بعدم ارتكاب جريمة في مقابل أجر لذلك . ولا يجوز الخديعة ولا الاحراف عن واجب الذمة في التعامل . فالاتفاق على ألا يعترف شخص بمسئوليته ولو أدى ذلك إلى أن يكذب يكون باطلاً لأنه مخالف للآداب . وكان القضاء الفرنسي يبطل الاتفاق الذي يتم ما بين مدير المسرح وجماعة من الناس يسدون بالحقافة (claque) يستأجرهم المدير للتصفيق وترويج ما يعرض على المسرح . لأن مثل هذا الاتفاق من شأنه أن يخدع الجمهور . ثم رجع القضاء عن ذلك . وأصبح الآن يقضى بصحة هذا الاتفاق لأن الحقافة قد يبدون خدمة للفن بتشجيعهم للـ مثليين وأصحاب الفن المتدئين . ولا يعد باطلاً اتفاق أحد النسابة (généalogiste) مع وارث على أن يكشف له عن نسبه ليحصل على ميراث يستحقه . مادام النسابة لم يخدع من تعاقد معه . بل كشف له عن سر حقيق كان يحمله .

الفرع الثالث

السبب (٢)

(La Cause)

٢٤٢ - السبب عنصر مميز عن الإرادة ولكنه متلازم معها :

نعرف السبب تعريفاً أولاً بأنه هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه

(*) بعض المراجع : كايتمان : السبب في الالتزامات - لوى لوكا (Louis Lucas) الفين

والقعد - جوسران : البائع في الأعمال القانونية - ربيير : القاعدة الخلفية في الالتزامات - ديوج في الالتزامات جزء ٢ - نكار ملحق بودرى جزء ٢ - دراسات كايتمان : سيمونيوس (Simonius) في السبب في القانون السويسري ص ٧٥٣ - فان كان (Van Kani) أصل الالتزام دون سبب في القانون المدني ص ٨٧٥ - نظرية القعد للمؤلف من فقرة ٥٠٧ - المذكور بهج بودرى من فقرة ١٠٠ - المذكور حشمت أبوستيت من فقرة ٢٢٠ - الرسائل والفالات : أرتير (Artur) باريس سنة ١٨٧٨ - بريمو (Brissoud) سنة ١٨٧٩ - تمال (Timbal) تولوز سنة ١٨٨٢ - كولان (Colin) باريس سنة ١٨٩١ - سيفريادس (Séfériades) باريس سنة ١٨٩٧ - بلانفلا (Plesnila) باريس سنة ١٩١٠ - بيثون (Pichon) باريس سنة ١٩١٤ - ساماييه (Savatier) بوانتييه سنة ١٩١٦ - دوبريل (Dubreuil) ليون سنة ١٩١٩ - لويس لوكاس (Louis Lucas) ديوجون سنة ١٩١٨ - دابان (Dabin) بروكسل سنة ١٩١٩ =

من وراء التزامه . والفرق بينه وبين المحل - كما يقال عادة - هو أن المحل جواب من يسأل : بماذا التزم المدين (Quid debetur) ، أما السبب فجواب من يسأل : لماذا التزم المدين (Cur debetur) (١) .

والسبب بهذا المعنى لا يكون عنصراً في كل التزام . بل يقتصر على الالتزام العقدي إذ الالتزام غير العقدي لم يقم على إرادة الملتزم حتى يصح السؤال عن الغرض المباشر الذي قصد إليه الملتزم من وراء التزامه .

والسبب كعنصر في الالتزام العقدي دون غيره إنما يتصل بأوثق الاتصال بالإرادة . والحق أن السبب ليس هو الإرادة ذاتها ، ولكنه هو الغرض المباشر الذي اتجهت إليه الإرادة . فهو ليس عنصراً من عناصر الإرادة يتوحد معها ، بل هو عنصر متميز عن الإرادة . ولكن لما كانت الإرادة البشرية لا يمكن أن تتحرك دون أن تتجه إلى سبب ، أى دون أن ترمى إلى غرض تهدف لتحقيقه ، لذلك كان السبب . وإن تميز عن الإرادة ، متصلاً بها أوثق الاتصال . فحيث توجد الإرادة يوجد السبب . ولا تتصور إرادة لا تتجه إلى سبب إلا إذا صدرت عن غير وعي ، كإرادة المجنون . ولكننا رأينا أن الإرادة لا يعتد بها إلا إذا صدرت عن وعي وتميز ، فالإرادة المعتبرة قانوناً لا بد لها من سبب .

ويمكن إذن أن نستخلص مما تقدم أن السبب ركن في العقد غير ركن الإرادة . ولكن الركنين متلازمان ، لا ينفك أحدهما عن الآخر (٢) .

== ومقال له في المصائر الحديثة لنظرية السبب في الالتزامات في بنجيك القضائية سنة ١٩٢٩ - موزى (Maury) تولوز سنة ١٩٢٠ - هامل (Hamel) باريس سنة ١٩٢٠ - يوناسكو (Ionascu) باريس سنة ١٩٢٣ ، ومقال في مجلة القانون المدني الإقليمية سنة ١٩٣١ - سيليس (Célico) باريس سنة ١٩٢٣ - كاسان في مجلة القانون التجاري السنوية سنة ١٩٢٣ - ماكرون (Macqueron) باريس ١٩٢٥ - شيفرييه (Chevrier) باريس سنة ١٩٢٩ - برس (Bresso) في السبب في القانون الإنجليزي ديجون سنة ١٩٢٩ - رينو (Ronaud) باريس ١٩٣٠ - فيدل (Vedol) في السبب في القانون الإداري تولوز سنة ١٩٣٤ - بواجيزان (Bois Juzan) بورдо ١٩٣٩ - الأستاذ عبد الحميد رشدي مقال في المحاماة السنة العاشرة - الأستاذ نصيف زكي مقال في المحاماة السنة الحادية عشرة .

(١) وأول من قال بهذه المقارنة المشهورة بين المحل والسبب هو الأستاذ أودو (Audou), ثم قلها عنه كثير من الفقهاء : أوبري ورو ٤ ص ٥٤٦ هامش رقم ٢ - هيك ٧ ص ٧٥ - ديغولمب ٢٤ فقرة ٣٤٥ وفقرة ٣٥٠ - لوران ١٦ فقرة ١٠٩ - بردي وبارد ١ فقرة ٢٩٧ وفقرة ٣٠٢ - ديموج ٢ فقرة ٧٤٤ - بلانول وريير وبولاسيه ٢ فقرة ٢٧٩ .
(٢) أنظر آفا فقرة ٦٨ .

٢٤٣ - السبب والإرادة معيار مندرجانه ، ولكن السبب

والشكل معياره متعارضان : وتاريخ نظرية السبب يقوم على الحقيقة الآتية : كلما زاد حظ الإرادة في تكوين العقد . وضعف حظ الشكل . زادت أهمية السبب . ذلك لأن الإرادة . من حيث أنها تحدث آثاراً قانونية . إذا انطلقت من قيود الشكل . وجب أن تتقيد بالسبب . وعند ما كان الشكل وحده - دون الإرادة - هو الذي يكون العقد . لم يكن للسبب من أثر . وبدأ السبب في الظهور عندما بدأت الإرادة تتحرر متدرجة من قيود الشكل . وكلما زاد تحررها من هذه القيود زاد ربطها بقيود السبب . إلى أن تم تحريرها ، فوجدت نظرية السبب كاملة محل محل الشكل .

ونرى مما تقدم أنه حيث يتغلب الشكل يقل شأن السبب . وحيث يضعف الشكل يقوى أمر السبب . وهكذا كانت الحال في القانون الروماني : فقد بدأ هذا القانون شكلياً ، فلم يكن فيه إذ ذاك للسبب نصيب . ولما أخذ الشكل يتقلص وتظهر العقود الرضائية . بدأ السبب يظهر بظهور الإرادة ليكون قيداً لها بدلاً من الشكل . وهكذا كانت الحال في القانون الفرنسي القديم : فإن السبب لم يكده يعرف فيه إلا عندما وصل رجال الكنيسة إلى تقرير الرضائية في العقود . فظهر السبب بعد أن كانت الشكلية تسره . وبرز قوياً ليعطى الإرادة بقيود محل محل قيود الشكل . وهكذا هي الحال في القانون الحديث حيث الشكلية تكاد تنعدم ، فأبنت نظرية السبب وتطورت . بل لعلها رجعت إلى أصلها قوية كما كانت في القانون الكنسي . لولا أن العقد المجرد حل محل العقد الشكلي في الانتقاص من سلطان السبب .

٢٤٤ - عرفة السبب بالمشروعية وبعبوب الإرادة : منذ تحررت

الإرادة من الشكل ، حاطها السبب بقيود على ما قدمنا . وبدأ ذلك يكون لحماية المجتمع عن طريق المشروعية وفي صورة السبب المشروع . فالإرادة حتى تنتج أثرها يجب أن تتجه إلى غرض مشروع لا يتعارض مع النظام العام ولا مع الآداب . وذلك حماية للمجتمع . ثم اتخذت نظرية السبب لها هدفاً آخر إلى جانب هذا الهدف الأول ، فصارت تحمي المتعاقد نفسه من هزله ونسيانه .

ومما قد يقع فيه من غلط أو تدليس أو إكراه . وهكذا بعد أن تحررت الإرادة من الشكلية أخذت تتحرر من العيوب عن طريق نظرية السبب . وبعد أن قامت نظرية السبب لحماية المجتمع ، أخذت تقوم لحماية المجتمع والمتعاقدين جميعاً .

ولعل أول صورة تمثلت لعيوب الإرادة انطبعت في نظرية السبب . ثم أخذت عيوب الإرادة تستقل عن السبب شيئاً فشيئاً ، وتكسب لها كياناً ذاتياً خارجاً عن منطقة السبب . فانفصل الإكراه . ثم انفصل التدليس . وأصبح السبب الآن لا يختلط إلا بالغلط في منطقة مشتركة ، هي منطقة السبب المغلوطة أو الغلط في السبب . وقد أتم القانون المدني الجديد هذا التطور ، ففصل بين الغلط والسبب فصلاً تاماً . وأصبح السبب في هذا القانون مقصوراً على السبب المشروع . وهذه الدائرة المحدودة - دائرة السبب المشروع - هي الدائرة الأولى التي نشأ فيها السبب عندما بدأ يظهر في القانون الكنسي . وبذلك رجع السبب سيرته الأولى ، وعاد كما بدا .

٢٤٥ - تطور العقد من عقد شكلي إلى عقد رضائي مسبب إلى

عقد رضائي مجرد : وتاريخ نظرية السبب يهدينا إلى حقيقة أخرى . فسيقرنا هذا التاريخ أن العقد بدأ عقداً شكلياً (contrat formel) حيث السبب لا أثر له كما قدمنا . ثم تطور إلى عقد رضائي (contrat consensuel) حيث السبب له أكبر الأثر . ثم تطور أخيراً إلى عقد مجرد (contrat abstrait) حيث انفصلت الإرادة عن سببها ولم يعد للسبب إلا أثر غير مباشر . وسرى أن القانون المصري الجديد لم يماش هذا التطور إلى نهايته ، ولم يسر في ذلك على نهج القوانين الجرمانية ، بل حرص على أن يبقى في دائرة القوانين اللاتينية ، حيث لا يزال العقد رضائياً ، حيث تشغل نظرية السبب في العقد المكان البارز ، وحيث لا يوجد العقد المجرد إلا في دائرة محدودة أضيق .

٢٤٦ - ملاحظة البحث في نظرية السبب : ونستعرض نظرية السبب في

مبحثين ، نتعقب في المبحث الأول منهما كيف نشأت نظرية السبب وكيف تطورت ، ونبسط في المبحث الثاني نظرية السبب في القانون الحديث .

المبحث الأول

كيف نشأت نظرية السبب

٢٤٧ - القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم : فى هذين القانونين يجب أن نتعقب كيف نشأت نظرية السبب . ولعل نظرية قانونية لا يلقى عليها تاريخ تطورها من الضوء بمقدار ما يلقى التاريخ على نظرية السبب . وسنرى أن القانون الرومان ظل يعزل عن هذه النظرية إلى مدى بعيد إذ غلبت فيه الشكالية . وقد نبئت النظرية ثم ترعرعت . منذ تحررت الإرادة من الشكل فى عهد القانون الكنسى كما قدمنا . وتطورت النظرية بعد ذلك تطوراً يغاير طبيعتها . وانقلابت على يد دوما (Domat) ومن سبقه وتلاه من الفقهاء من نظرية نفسية إلى نظرية موضوعية . وبقيت كذلك عهداً طويلاً . وانتقلت على هذا النحو إلى القانون الفرنسى الحديث . ضعيفة الأثر . قليلة الجدوى . وسنشهد بعد ذلك كيف أن النظرية استردت جذبتها فى العهد الأخير ، ورجعت خصبة قوية منذ عادت نظرية نفسية .

المطلب الأول

نظرية السبب فى القانون الرومانى

§ ١ - العهد القديم

٢٤٨ - العقود كانت شكالية فلم يكن للسبب فيها أى أثر : كانت العقود فى العهد القديم للقانون الرومانى شكالية . فكان العقد يتعقد بأوضاع وأشكال خاصة . ولم يكن الإرادة أى دخل فى تكوينه . وكانت العقود الشكالية ثلاثة : عقد يتم بوزن صورى (nexum) . ثم ظهر إلى جانبه العقد الكتابى (litteris) ويتم بكتابة على نحو خاص . والعقد اللفظى (verbis) ويتم بالفاظ معينة . ولم تكن هذه العقود الشكالية عقوداً بالذات : بل كانت قوالب تصب فيها العقود . فالبيع والإيجار والقرض والشركة وغير ذلك من العقود كانت توضع فى شكل من هذه الأشكال الثلاثة حتى يتم انعقادها . وهذه

الأشكال هي التي كان الرومان يدعونها «السبب المدني» (causa civilis). فهي ليست سبباً للالتزام العتدي على النحو المعروف في القانون الحديث ، بل هي سبب لانعقاد العقد . أو هي الشكل القانوني الذي يجعل العقد يتكون (١) . وهذا الشكل ضروري في انعقاد العقد . وهو في الوقت ذاته كاف لانعقاده . فهو ضروري لأن العقد بدون لا ينعقد . وهو كاف لأنه متى وجد انعقد العقد ، سواء قامت إرادة المتعاقدين إلى جانب الشكل أو لم تقم ؛ وسواء كانت الإرادة إذا قامت صحيحة أو معيبة ، وسواء اتجهت إلى غرض مشروع أو غرض غير مشروع . فالشكل وحده ، لا الإرادة . هو الذي يوجد العقد . ومن ثم يبين أن السبب في هذه العقود الشكلية لم يكن له أي أثر في تكوين العقد ؛ فسواء وجد أو لم يوجد ، وسواء كان مشروعاً أو غير مشروع . فإنه لا شأن له بالعقد ، مثله في ذلك مثل الإرادة . ومتى توافر للعقد شكله القانوني انعقد ، دون نظر إلى الإرادة ، ودون نظر إلى السبب .

٢٤٩ - وكذلك طرق نقل الملكية كانت شكلية ولم يكن للسبب

فيها أي أثر: وكما كانت العقود في العهد القديم شكلية مجردة عن السبب ، كذلك كانت طرق نقل الملكية . فلم تكن الملكية تنتقل بالعقد . بل كان العقد يتلوذ وضع خاص هو الذي ينقل الملكية . وكانت هذه الأوضاع هي أيضاً ثلاثة : وضع يتم كمال عبقة (mancipatio) ، ووضع يتم بدعوى صورية أمام القضاء (in iure cessio) ، ووضع مادي يتم بالتسليم (traditio) . وأى وضع من هذه الأوضاع متى تم تنتقل به الملكية ، دون نظر إلى السبب الذي انتقلت من أجله كبيع أو شراء . فإذا باع شخص من آخر شيئاً ، وتم وضع من هذه الأوضاع الثلاثة ينقل به البائع ملكية المبيع إلى المشتري ، انتقلت الملكية ، دون نظر إلى ما إذا كان البيع قد تم أو لم يتم ؛ ودون نظر إلى ما إذا كان قد تم صحيحاً أو كان فيه عيب .

(١) لم يقتصر «السبب المدني» (causa civilis) في القانون الروماني على العقود الشكلية ، بل كان بوجه عام هو المصدر القانوني الذي يكون العقد وينفذ عليه توفيه الدفعة . ومن ثم يكون «السبب المدني» للعقد الشكلية هو الشكل ، وللعقد المعيبة هو تسليم الشيء ، وللعقد الرضائي هو مجرد الاتفاق ، وللعقد غير المسبوق هو قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته ، وهكذا .

§ ٢ - العهد المدرسي

٢٥٠ - انقضاء أكثر العقود الشكلية : تطور القانون الروماني بانتشار

التجارة وتقدم طرق التعامل . فاختفت أكثر العقود الشكلية . اختفى عقد الوزن الصوري (nexum) بزوال الفائدة التي كان يوليه . وهي دعوى من دعاوى الرومان القديمة تمكن الدائن من السيطرة على جسم المدين (manus injectio) . واختفى العقد الكتابي (litteris) باختفاء السجلات الخاصة التي كان هذا العقد يدون فيها . وكان الرومان قبلاً يحتفظون بها . ثم أخذوا يهجرون هذه العادة شيئاً فشيئاً حتى انقرضت . فانقرض بانقراضها العقد الكتابي .

ولم يبق من القيود الشكلية إلا العقد اللفظي (verbis , stipulatio) لسهولة النسبية وللحاجة إليه إذا حرص المتعاقدان على استبقاء مزايا العقد الشكلي .

٢٥١ - برز ظهور السبب في العقد اللفظي : على أن العقد اللفظي

مع بقائه شكلياً لم يخل مع تطور القانون الروماني من أن بأثر بفكرة السبب . تأثر بها تأثراً غير مباشر في ناحيتين ، ثم تأثر بها تأثراً مباشراً في ناحية ثالثة .

فإذا كان العقد اللفظي سيده غير موجود أو غير مشروع . فإن العلاج لم يكن بطلان العقد كما هو الأمر في القانون الحديث . بل كان العقد يبقى صحيحاً .

ولسكن المدين يعطى دعوى من دعاوى الاسترداد المعروفة في القانون الروماني (condictio sine causa) يستطيع أن يسترد بها ما أعطاه دون سبب

أو بسبب غير مشروع . وهذه الدعوى قد يلجأ إليها المدين كدعوى يرفعها على الدائن أو كدفع يدفع به دعوى الدائن . فهو إذا لجأ إليها كدفع يستطيع أن يتوفى

مطالبة الدائن له بالتزام قام على سبب غير صحيح أو لسبب غير مشروع . وإذا لجأ إليها كدعوى يستطيع أن يسترد بها ما دفع للدائن وفاء لهذا الالتزام ،

أو أن يتخلص من الالتزام ذاته إذا لم يكن قد وفى به . وسرى عند الكلام في الإثراء بلا سبب الصور المختلفة لدعوى الاسترداد هذه (١) . ويلاحظ

أن هذه الدعوى كانت من خلق القانون الروماني المدني (Jus civil) .

(١) ومن ثم كان أول مطلباً لفكرة السبب في تطورها مطهر اتخذت فيه صورة الإثراء

بلا سبب ، على فرق ما بين معنوي «السبب» في المالين .

أما القانون البريتوري (*droit prétorien*) فقد جعل للمدين في الحالة المتقدمة دفعاً هو الدفع بالغش (*exceptio doli*) يستطيع به أن يتوّن مطالبة الدائن ، دون أن يستطيع مهاجمته للتخلص من التزامه أو لاسترداد ما دفع .

هاتان هما ناحيتان اللتان تأثر فيهما العقد اللفظي بفكرة السبب تأثراً غير مباشر . ونقول غير مباشر لأن فكرة السبب لم تعترض العقد عند تكوينه ولم تؤثر فيه تأثيراً مباشراً بأن تمنع نفاذه ، بل بقي العقد صحيحاً نافذاً . ولكن عند تنفيذه تظهر فكرة السبب ، فتوجب الاسترداد أو تمنع التنفيذ . عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع .

على أن هناك ناحية ثالثة تأثر فيها العقد اللفظي بفكرة السبب تأثراً مباشراً كما أسلفنا القول . وقد كان ذلك في ناحية عقد القرض إذا كان واقعاً على مبلغ من النقود . فقد جرت العادة في القانون الروماني بأن يتعهد المقرض ببرد القرض بعقد لفظي . ثم بعقد مكتوب يكتب فيه الشرط اللفظي بدلاً من التفوه به ، وذلك قبل أن يتسلم مبلغ القرض . فهو قد التزم قبل أن يتسلم شيئاً ، والتزامه صحيح ما دام قد استوفى الشكل المطلوب . فإذا أراد أن يستعين بدعوى الاسترداد . فعليه هو أن يثبت أنه لم يتسلم شيئاً حتى يلتزم برده ، ولا يكلف المقرض بإثبات السبب . وكان من وراء ذلك أن تعسف المقرضون بالمقرضين . إذ كان هؤلاء يلتزمون مقدماً وقد لا يتسلمون شيئاً أو يتسلمون مبلغاً أقل من المذكور بالعقد . ويقع عليهم منع ذلك عبء الإثبات إذا أرادوا التخلص من هذا الالتزام . فأدخل قانون إمبراطوري (*constitution impériale*) تعديلاً في هذه الأحكام بقضى بأنه إذا التزم المقرض . واعترف كتابة أنه تسلم مبلغ القرض . فله أن يقرر بطريق الدعوى أو بطريق الدفع أنه لم يتسلم في الواقع شيئاً (*querela non numeratae pecuniae*) . وعلى المقرض إذا أراد استيفاء الالتزام أن يثبت أن المقرض قد تسلم القرض . ومعنى هذا أن الدائن في هذه الحالة مكلف أن يثبت وجود سبب للالتزام . وإلا كان العقد غير نافذ . ومن هنا دخلت فكرة السبب في العقد اللفظي عن طريق مباشر . فإعدام السبب يمنع نفاذ العقد . ولا يقتصر على إباحة الاسترداد أو على التخلص من الالتزام بعد

أن يصير العقد نافذاً (١) .

ويلاحظ أنه حتى عند ظهور هذا الأثر المباشر لفكرة السبب في العقد اللفظي . فإن السبب لم يرق على أساس نفسي متصل بإرادة المتعاقد ، بل قام على أساس موضوعي لا صلة له بهذه الإرادة . فهو قد قام على واقعة أن المقرض لم يتسلم القرض ، وأن العدالة تقضى في هذه الحالة ألا يلتزم بشيء نحو المقرض . فالسبب هنا كالسبب في الفرضين السابقين - دعوى الاسترداد والدفع بالغش - إنما قام على اعتبارات تنصل بالعدالة لا بالإرادة . وبنيت الشكالية في العقد اللفظي مانعة من ظهور السبب متصلاً بالإرادة . ذلك أن الشكالية والإرادة في القانون الروماني ضدان لا يجتمعان ، وإذا طردت الشكالية الإرادة فإنها تطرد في الوقت ذاته السبب بمعناه النفسي وهو المعنى المتصل بالإرادة .

٢٥٢ - ظهور السبب في العقود غير الشكالية : وقد ظهر إلى جانب

العقود الشكالية في القانون الروماني عقود أخرى غير شكالية ، أهمها العقود العينية والعقود الرضائية والعقود غير المسماة وعقود التبرع . ولما كان أكثر هذه العقود تتدخل الإرادة في تكوينه . فقد بدأت فكرة السبب تظهر بظهور الإرادة في تكوين العقد .

أما في العقود العينية - وهي القرض والعارية والوديعة والرهن - فإن الإرادة لم تكن ظاهرة ، وكان أساس الإلزام في هذه العقود هو تسليم العين إلى الملتزم ، فهو ملزم بردها لأنه تسلمها وإلا كان مريضاً دون سبب . وعلى النقيض من ذلك العقود الرضائية - وهي البيع والإيجار والشركة والوكالة - فالإرادة فيها تتدخل في تكوين العقد ، بل هي وحدها كافية

(١) وقد عدلت القاعدة بعد ذلك وأصبح عبء الإثبات لا يقع على المقرض إلا إذا لم يذكر في العقد المكتوب أن الالتزام له سبب قد قد (cautio discreta) أى إذا لم يعترف المدين كتابةً أنه تسلم مبلغ القرض . فإذا اعترف بهذا كان هو المكلف بإثبات أنه لم يتسلم . ولم تنف القاعدة عند حد عقد القرض الواقع على مبلغ من النقود ، بل جاوزت هذا العقد إلى عقد المبر ، ثم إلى عقد القرض الواقع على المثلثات غير النقود . وعمت القاعدة بعد ذلك ، فأصبحت تشمل جميع العقود (أنظر كايثان في السبب فقرة ٤٤ - بلانول وريير وبولانجي ج ٢٠٠٠ فقرة ٢٨٤) .

تكوينه . ومن ثم ظهرت فكرة السبب في هذه العقود ظهوراً واضحاً . في عقد البيع التزام البائع سبب لالتزام المشتري ، بحيث إذا هلك المبيع قبل البيع فامتنع التزام البائع لانعدام المحل لم يرقم التزام المشتري لانعدام السبب . ولكن فكرة السبب في عقد البيع كانت تقف عند هذا الحد ، فلا تجاوز مرحلة تكوين العقد إلى مرحلة تنفيذه . ويظهر ذلك في امتناع الدفع بعدم التنفيذ وفي امتناع الفسخ وفي تبعة هلاك المبيع . وكلها أمور ترجع إلى تنفيذ العقد وتتصل بفكرة السبب . فكان لا يجوز للمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن حتى إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع ، ولا يجوز للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع حتى لو امتنع المشتري عن دفع الثمن ، فالالتزام كل المتعاقدين مستقل في تنفيذه عن التزام الآخر . ومن ثم امتنع الدفع بعدم التنفيذ . وإذا كان القانون الروماني جعل للمشتري فيما بعد دعوى الغش لبيع عن دفع الثمن حتى يتسلم المبيع . وجعل للبائع الحق في حبس المبيع حتى يقبض الثمن ، فإن ذلك لم يكن أثراً لعقد البيع ذاته ، بل لاعتبارات ترجع للعدالة . ولو كان البيع يوجد ارتباطاً بين التزامات كل من المتعاقدين لكان المنطق يقضي بأن تكون دعوى كل منهما ناشئة من عقد البيع (*actio ex empto*) (١) . كذلك لم يكن لأحد من المتعاقدين فسخ البيع إذا لم يرقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه ، بل يبقى البيع ، ويطالب بتنفيذ الالتزام الذي لم ينفذ ، حتى لو كان المتعاقد المطالب بالتنفيذ لم يرقم من جانبه بتنفيذ التزامه ، لأن التزام كل من المتعاقدين مستقل في تنفيذه عن التزام الآخر كما قدمنا . وإذا هلك المبيع بعد البيع وقبل التسليم ، كانت تبعة الهلاك على المشتري لا على البائع . وفي هذا إمعان في تأكيد الاستقلال ما بين التزام البائع والتزام المشتري عند التنفيذ . ذلك أنه إذا استحال على البائع هلاك المبيع تنفيذ التزامه . بقي المشتري مع ذلك مازماً بدفع الثمن لاستقلال التزامه عن التزام البائع . ويبدو هذا الحل الروماني قاطعاً في المعنى الذي أسلفناه إذا لاحظنا أن البيع في القانون الروماني لم يكن ينشئ في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية ، ولم يكن المشتري يصبح مالِكاً للمبيع بعقد البيع ذاته حتى يقال - كما قيل في

القانون الفرنسي - إن المشتري يتحمل تبعه الهلاك لأنه أصبح مالكا . ومن كل ذلك نرى أنه إذا وجد ارتباط ما بين التزام البائع والتزام المشتري عند تكوين عقد البيع حتى صبح أن يقال إن كلا منهما سبب للآخر ، فإن هذا الارتباط منعدم عند تنفيذ البيع . بل يصح كل التزام في تنفيذه مستقلا كل الاستقلال عن الالتزام الآخر ، وتقف فكرة السبب كما قدمنا عند تكوين البيع . دون أن تجاوز مرحلة التكوين إلى مرحلة التنفيذ (١) .

وفي العقود غير المسماة ظهر السبب على الوجه الآتي : في عقد المقايضة مثلا إذا سلم أحد المتقايضين العوض الذي يملكه ، التزم الآخر بتسليم ما يقابله من العوض . وهذا الالتزام الأخير يقوم لاعلى إرادة الملتزم وحدها ، بل على هذه الإرادة مضافاً إليها أن سببها قد تحقق . ذلك أن سبب إرادة المتعاقد الآخر في أن يلتزم بتسليم ما عنده هو أن يتسلم ما عند المتعاقد الأول ، وقد تسلمه فعلا . فتحقق السبب . فأرادته هنا تؤخذ مقرونة بالسبب لا مجردة عنه (٢) .

وفي الهبة - وهي أهم عقود التبرعات - اعترف القانون الروماني بالسبب إلى حد كبير . فالتبرعات المحضة تقوم على نية التبرع (animus donandi) ، وهي السبب في التزام المتبرع . وتترتب على ذلك نتيجة هامة ، هي أنه إذا انعدمت هذه النية انعدم السبب وبطل التبرع . فن تعهد بوفاء التزام طبيعي معتقداً أنه التزام مدني لا يكون متبرعاً ، ويبطل تعهده لانعدام السبب . والهبة المقرنة بشرط (donatine sub modo) يكون الشرط سبباً لها إذا كان هو الدافع إلى التبرع . فإذا لم يقم الموهوب له بتنفيذ الشرط ، كان للواهب أن يسترد هبته بدعوى استرداد (conditio causa data, causa non secuta) ، وله

(١) أما في عقد الإيجار فإن الارتباط يتجاوز التكوين إلى التنفيذ ، إذ كانت الأجرة في هذا العقد تقابل الانتفاع ، فإذا تعذر الانتفاع ولو بقوة قاهرة ، عند تكوين العقد أو عند تنفيذه ، فإن الأجرة لا تجب . وإذا تأخر المستأجر عن دفع الأجرة مدة سنتين ، كان للوئجر الحق في استرداد العين المؤجرة (كابتان في السبب ص ٩٨) . ويرجع هذا إلى أن عقد الإيجار عقد زمني ، الزمن فيه عنصر جوهري ، وهو محل العقد ذاته .

(٢) وإذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه من تسليم ما عنده للمتعاقد الأول ، كان لهذا أن يطالبه بالتنفيذ كما قدمنا . وكان له أيضاً أن يسترد ما سلحه بدلا من المطالبة بالتنفيذ . وقد يكون هذا أثراً من دعوى الاسترداد التي كانت للمتعاقد الأول قبل الاعتراف بالقوة الملزمة للعقود المسماة ، أو قد يكون الحق في الاسترداد نتيجة لفسخ العقد ، وفي هذا اعتراف بالسبب فهو الذي يبي على تخلفه فسخ العقد (كابتان في السبب فقرة ٥١) .

أيضاً أن يجبر الموهوب له على تنفيذ الشرط . وفي الوصية - وهي إرادة منفردة - اعترف القانون الروماني بالسبب إلى حد أن مزجه بالبائع . فإذا اعتقد الموصي أن وارثه قد مات فأوصى بماله لأجنبي ، وتبين أن الوارث لا يزال حياً ، واستطاع هذا أن يثبت أن البائع على الوصية هو اعتقاد لموصي أن الوارث قد مات ، فالوصية باطلة لانعدام سببها (١) .

٢٥٣ - موقف القانون الروماني من نظرية السبب وتبين مما قدمناه

أن القانون الروماني اعترف في بعض العقود بفكرة السبب إلى مدى محدود . وهذه العقود هي التي ظهرت فيها الإرادة كعامل من عوامل تكوينها . وحيث تظهر الإرادة يظهر السبب . ولكن الرومان تمثلوا فكرة السبب فكرة موضوعية (objectif) لا ذاتية (subjectif) ، ونظروا إلى السبب موجوداً في العقد (intrinsèque) لا خارجاً عنه (extrinsèque) ، وهو واحد لا يتغير (invariable) في النوع الواحد من العقود مهما اختلفت البواعث والدوافع . وإذا كانوا قد توسعوا في السبب فزجوه بالبائع ، فقد فعلوا ذلك في نطاق ضيق محدود ، وكان ذلك بنوع خاص في بعض التبرعات على النحو الذي بيناه (٢) . وسرى فيما يلي أن هذا التصوير الروماني هو الذي رجع إليه دوما (Domat) ، في صياغته لنظرية السبب .

وننظر الآن كيف تطورت نظرية السبب في القانون الفرنسي القديم . قبل عهد دوما ومنذ ذلك العهد .

المطلب الثاني

نظرية السبب في القانون الفرنسي القديم

٢٥٤ - **عمرهان** : بقيت فكرة السبب تتطور تطوراً مستمراً طوال القرون السبعة التي سبقت التقنين المدني الفرنسي . من القرن الثاني عشر إلى مستهل القرن التاسع عشر .

(١) كاييتان في السبب فقرة ٥٥ .

(٢) على أن هذا التصوير الخاص لفكرة السبب لم يكن إلا نتيجة للصياغة الرومانية الشكائية ، فلم تضع الرومان أية حصرية للسبب ، بل إنهم كانوا إذا أطلقوا كلمة «السبب» فقصدها بهاء السبب المدني (causa civilis) على أي بناء وما تقدم

وفي خلال هذه القرون الطويلة يمكن التمييز بين عهدين يفصل بينهما الفقيه الفرنسي المعروف دوما (Domat) في القرن السابع عشر. إذ هو الذي صاغ فكرة السبب نظرية عامة ، بعد أن نهيأت لها عوامل الصياغة طوال القرون التي سبقتة . ومنذ صاغ دوما نظرية السبب تبعته الفقهاء في صياغته ، وتناقلت عنه ما كتب . حتى انتقلت النظرية عن طريق بوتيه (Pothier) إلى التقنين المدني الفرنسي .

فنحن نتبع تطور نظرية السبب في كل من هذين العهدين : (١) عهد ما قبل دوما (٢) العهد الذي بدأه دوما .

§ ١ - نظرية السبب في العهد الذي سبق دوما^(١)

٢٥٥ - الرومانيون والكفسبوره : تداول فكرة السبب في هذا العهد فريقان من الفقهاء : فريق الرومانيين (romanistes) وفريق الكنسيين (canonistes). فالرومانيون رجعوا للفكرة الرومانية في السبب ، وهي فكرة شكلية موضوعية كما قدمنا . ولذلك لم تتقدم نظرية السبب على أيديهم أكثر مما كانت في القانون الروماني . أما الكنسيون فهم الذين خطوا بفكرة السبب خطوات جبارة . فالتزعوها من أصلها الروماني إلى أفق أرحب . وجعلوها فكرة مؤثر فعالة . وننظر الآن كيف كانت فكرة السبب عند كل من الفريقين .

٢٥٦ - فكرة السبب عند فقهاء الرومانيين : عباد المحشون

(glossateurs) إلى فكرة السبب الرومانية . وتظنوا السبب في مختلف العقود . ولكن السبب عندهم كان أمراً شكلياً محضاً ، والمهم ليس هو وجوده بالفعل ، بل هو مجرد ذكره في الورقة المثبتة للعقد .

أما البارتوليون (Bartolistes) فقد اقتفوا أثر من تقدمهم . وعزا بنوع خاص بالعقود الملزمة للجانيين . فأبرزوا الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في هذه العقود . ولكنهم مع ذلك التزموا حدود القانون الروماني . فلم يصلوا إلى حد القول بجواز الفسخ في البيع إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه ،

(١) أنظر بنوع خاص في هذا العهد كاييتان في السبب فقرة ٥٧ - فقرة ٧٧ - شيريه (Chavrier) في تاريخ السبب في الالتزامات باريس سنة ١٩٢٩ - بوا جران (Bois - Juzan) في السبب في القانون الفرنسي يوردو سنة ١٩٣٩ ص ١١٠ - ص ١٤٤ - والمراجع المشار إليها في هذه المؤلفات .

بالرغم من أن منطق الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة كان يقضى عليهم بذلك . وميز البارتوليون ، كما فعل المحشون ، بين السبب والباعث . فسموا الأول «السبب القريب» (causa proxima) وكان المحشون يسمونه «السبب القصدى» (causa finalis) ، وسموا الباعث «السبب البعيد» (causa remota) وكان المحشون يسمونه «السبب الدافع» (causa finalis) . وجعلوا السبب دون الباعث هو الذى يؤثر فى العقد . وهذا التمييز ما بين السبب والباعث غريب عن القانون الرومانى ، وقد ابتدعه فريق الفقهاء الرومانيين مستلهمين فيه الفلسفة اليونانية . أما الرومان فكان السبب عندهم هو ما كانوا يسمونه «السبب المدنى» (causa civilis) وهو السبب الإنسانى الذى عرفناه فيما تقدم وهذا شيء آخر غير السبب القصدى الذى عارضه الفقهاء الرومانيون بالباعث . ويمكن القول بوجه عام إن فريق الفقهاء الرومانيين قد أحيوا الفكرة الرومانية فى السبب . ولكنهم كما قدمنا لم يجاوزوا الحدود التى ألزمها القانون الرومانى . فبقيت فكرة السبب عندهم ، كما كانت عند الرومان ، فكرة موضوعية لا نفسية : داخلية فى العقد لا خارجة عنه ، وهى واحدة لا تتغير فى نوع واحد من العقود .

٢٥٧ - فكرة السبب عند فريق الفقهاء الكنسيين : أما فريق الفقهاء

الكنسيين فقد كانوا يقدمون على اعتبارات الصياغة الفنية الرومانية اعتبارات أخرى أولى عندهم بالتقدم . هى الاعتبارات الأدبية المسيحية . وهذه الاعتبارات الأخيرة كانت تقتضيهم أن يقرروا مبدأين :

المبدأ الأول أن الوفاء بالوعد واجب ، وأن الإخلال به خطيئة . ومن ثم كان المتعاقد يلتزم بمجرد تعهده . فكانت الإرادة عندهم - لا الشكل - هى التى تنشئ العقد وتجعله ملزماً . وتدرج الفقهاء الكنسيون فى هذا المبدأ حتى أقرروا أى عقد يقوم على محض تقابل الإرادتين ، دون حاجة إلى شكل أو تسليم أو تنفيذ أو نحو ذلك مما كان القانون الرومانى يتطلبه .

والمبدأ الثانى أن العقد لا يجوز تنفيذه إذا كان يهتف إلى غرض غير مشروع . ذلك أن القيام بعمل غير مشروع بعد خطيئة . ولا يصح الاحتجاج

بأن المتعاقد قد ارتبط بالعقد . والإخلال بما ارتبط به يعد خطيئة هو أيضاً . فالخطيئة ليست في أن يخل بهذا الارتباط . بل في أن يرتبط بعقد غير مشروع . الارتباط بمثل هذا العقد يعتبر خطيئة . وتنفيذه يعد خطيئة أخرى . وما نحن نرى إلى أى مدى يسوق هذا المنطق . فالغرض الذى يريد المتعاقد أن يحققه من وراء التزامه هو السبب في تعاقدته . وهذا السبب إذا كان غير مشروع جعل العقد باطلاً . وإذا كانت الإرادة وحدها تلزم المتعاقد ، إلا أن هذه الإرادة يجب أن تتجه إلى تحقيق غرض مشروع ، وإلا كانت عديمة الأثر . فيبرز أمامنا السبب في صورة أخرى غير الصورة التى ألفناها في القانون الرومانى . شيئاً غير مجرد الصياغة الفنية ، وعاملاً نفسياً زائراً بالقوة . بعيداً في الأثر . ويبدو لنا في وضوح أن الفقهاء الكنسيين وضعوا إلى جانب الإرادة - بعد أن جردوها من الشكل - الغرض الذى ترمى إلى تحقيقه . وربطوها به : فأصبحت الإرادة لا تنفصل عن الغرض الذى تهدف إليه . وهى إذا تجردت عن الشكل فليست تتجرد عن السبب . والسبب هنا ليس هو هذا السبب الرومانى . الموضوعى : الداخلى في العقد ، والذى يبنى واحداً لا يتغير في نوع واحد من العقود ، بل هو الباعث النفسى ، الخارج عن العقد . والذى يتغير فيختلف في عقد عنه في العقد الآخر .

ونستطيع أن نستخلص من هذا التحليل الذى ابتدعه الفقهاء الكنسيون أموراً أربعة :

أولاً - أن السبب برز إلى جانب الإرادة بمجرد أن ظهرت الإرادة عاملاً أساسياً في تكوين العقد .

ثانياً - أن فكرة السبب تطورت تطوراً خطيراً ، فأصبح السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد .

ثالثاً - أن السبب بهذا المعنى الجديد حل محل الشكل قيماً على الإرادة . فما دام الوعد القائم على الإرادة وحدها ملزماً دون حاجة إلى الشكل ، فلا أقل من أن يكون هذا الوعد منجهاً لتحقيق غاية مشروعة . ومن هنا استطاع الكنسيون أن يدوروا بمبادئ القانون الرومانى فلا يتعارضون معه تعارضاً

صريحاً ، وأمكنهم أن يتجنبوا ظاهراً القول بأن الاتفاق العارى (*pacte nu*) ملازم وحده ، وأن يستبدلوا بعبارة «الاتفاق العارى» عبارة «الوعد المسبب» (*promesse causée*) فيضيفوا إلى القائمة الرومانية للعقود الملزمة (*pacta vestita*) طائفة جديدة هي طائفة «الوعود المسببة» .

رابعاً - أن السبب إذا كان قد قيد الإرادة من جهة ، فهو قد أطلقها من جهة أخرى . إذ حررها من الشكل . وجعلها وحدها ملزمة ما دامت تتجه لتحقيق ، غاية مشروعة .

فالكنسيون كما نرى هم الذين ابتدعوا نظرية السبب ، لا بمعناها الرومانى الضيق ، بل بمعناها الجديد الواسع .

وإذا كانوا قد جعلوا من نظرية السبب بادئ الأمر أداة قوية لحماية المجتمع عن طريق إبطال العقود التى تتجه لتحقيق أغراض غير مشروعة ، فإنهم ما لبثوا أن جعلوا أيضاً من النظرية ذاتها أداة لحماية المرد وتحرير إرادته من الغلط والتدليس والغش . ذلك أنهم أضافوا إلى السبب غير المشروع ، فى إبطال العقد . السبب غير الحقيقى . فإذا وقع غلط أو تدليس فى الباعث على التعاقد ، كان السبب غير حقيقى . وبطل العقد . ومن هنا اختلطت نظرية الغلط بنظرية السبب ، وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك عند الكلام فى نظرية الغلط .

هذا هو عمل الفقهاء من رجال الكنيسة ، إليه وحده يعود الفضل الأكبر . إيجاد النظرية الصحيحة للسبب . وقد تبع رجال الكنيسة فى نظريتهم هذه بعض من الفقهاء المدنيين (*civilistes*) من أمثال اوازيل (*Loysel*) (١) ودومولان (*Dumoulin*) ، فقالوا بالإرادة وحدها مصدراً لتكوين العقد ، وأصلين فى هذا ما بين الإرادة والسبب ، وجاعلين للسبب المعنى الذى فهمه الفقهاء الكنسيون . وبقى فقهاء مدنيون آخرون ، من أمثال كونان (*Connan*) ودونو (*Doneau*)

(١) وهو صاحب المثل المشهور : « يربط البقر بقرونه ، ويربط الرجل بكلامه ، ومجرد الوعد أو الاتفاق يعدل العقود الظنية فى القانون الرومانى » . « *On lie les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles; et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du Droit Romain* » . (*Inst. cont. max.* 357).

محققين على تقاليد القانون الروماني . فلا يسلمون بأن الاتفاق العارى عقد ملزم . ولا يفهمون السبب إلا في ضوء الفكرة الرومانية الضيقة . ولكن ما لبث الفريق الأول أن فاز على الفريق الثانى . فاعترف الفقه والقضاء في فرنسا بأن الإرادة وحدها ملزمة ما دامت الغاية التى تهدف لتحقيقها غاية مشروعة . وفهم السبب بالمعنى الذى ابتدعه الكنسيون : الباعث الدافع إلى التعاقد . فأبطلت العقود التى تهدف لاستغلال النفوذ . واعتبرت ديون المقامرة باطلة لعدم مشروعيتها ، وأصبح الباعث يؤثر في التبرعات من هبات ووصايا فإذا كان غير مشروع أو غير متحقق بطلت هذه التبرعات . وسارت الأمور على هذا النحو المحمود حتى جاء دوما بصوغ نظرية عامة للسبب . ونظر الآن ماذا فعل هذا الفقيه هو ومن جاء بعده من الفقهاء .

٢٥ - نظرية السبب منذ عهد دوما إلى عهد التقنين المدنى الفرنسى (١)

٢٥٨ - العوامل التى أثرت في هذا العهد وفقرائه البارزون :

جاء دوما في القرن السابع عشر . وبدأ عهداً جديداً كان من العهود الحاسمة في تاريخ تطور نظرية السبب . والعوامل البارزة التى كانت تؤثر في التفكير القانوني لرجال هذا العهد ثلاثة :

أولاً - انتكاص القانون الروماني وتقلص نفوذه . وقد أصبح تقسيم العقود إلى عقود شكلية وعقود غير شكلية . وتقسيم العقود غير الشكلية إلى عقود عينية وعقود رضائية وعقود غير مسماة واتفاقات بريطورية واتفاقات شرعية . كل هذه التقسيمات البتقة أخذت تهجر فتسر في طريقها إلى الاندثار . على أن فريقاً من الفقهاء المدنيين (civilistes) بقوا متأثرين بالنظرية الرومانية في السبب كما قدما .

ثانياً - أثر القانون الكنسى . وقد رأينا رجال هذا القانون يتم على أيديهم فتح مبدى في ميدان سلطان الإرادة . فيقولون بأن الإرادة وحدها ملزمة ، ويسير وراءهم في ذلك كثير من الفقهاء المدنيين .

(١) أنظر بنوع خاص في هذا العهد : كايثان في السبب فقرة ٧٧ - فقرة ٨٠ - شيفريه ٢٤٦ - وما بعدها - تبال ٨٨ وما بعدها - يوناسكو ٢٢ وما بعدها - بواجيران ١٥٥ وما بعدها

ثالثاً - انتشار مبادئ القانون الطبيعي . وقد حمل لواءها جروسيس (Grotius) الفقيه الهولندي المعروف . وهي مبادئ توحى بنذ ما يحوط الإرادة من أوضاع وأشكال رومانية عتيقة . وتحكم العقل في كل ذلك فلا يتردد في إقصائها ونحرير الإرادة منها .

وهذا العهد الحديد بدأه دوما كما ذكرنا . وطبعه بطابعه . وبقي أثر هذا الفقيه الفرنسي الكبير حياً في النفوس طوال الأجيال . واقتصر من جاء بعده من الفقهاء على ترديد ما كتبه في نظرية السبب ، دون أن يضيفوا إليها شيئاً يذكر ، غير الإسهاب في بعض التفاصيل . وأبرز هؤلاء الفقهاء قتيان : بريثودي لاچانيس (Prévôt de la Janès) وبوتييه (Pothier). ونستعرض أولاً ما كتبه دوما في نظرية السبب . ثم ننظر ما قاله بعده هذان الفقهاء .

٢٥٩ - نظرية السبب عند دوما: لم يكن دوما مبتدعاً فيما كتبه في

نظرية السبب. بل هو نفسه لم يكن يشعر أنه يقول شيئاً جديداً عندما كان يقرر هذه النظرية في كتابه «القوانين المدنية» . كان يبسطها بسطاً موجزاً . دون مناقشة أو بحث ، كما يبسط أمراً من الأمور المقررة في عصره ، ولا يرى نفسه في حاجة إلى تمحيص ما يورده من الآراء أو الدفاع عنها باعتبار أنها آراء جديدة . لذلك كان من المبالغة أن يقال - كما قال كثيرون - إن دوما له حظ كبير من الابتداع في نظرية السبب. بل نحن لا نشارك أصحاب النظرية التقليدية في السبب، من أمثال الفقيه الكبير كايثان : رأيهم من أن دوما له فضل عظيم في دعم نظرية السبب على أساس صحيح . فعندنا أن دوما قد أساء إلى نظرية السبب أكثر مما أحسن ، وعاق تطورهما الطبيعي ، وأعادها إلى وضعها الروماني نظرية قاحلة مجذبة . والغريب أن دوما قد انتقاد في هذا : لا لحكم العقل وقواعد المنطق التي ألفها وسار عليها في كتابه (١) ، بل إلى البقية من أثر القانون

(١) فقد كان دوما من دعاة القانون الطبيعي ، عرف بأنه هو الذي أحيا التفكير للنطق في الفقه المدني . فوضع كتابه المشهور «القوانين المدنية» في النظام الطبيعي (Lois Civiles dans leur ordre naturel) ، ولم يهجم فيه نهج من نهج من سبقه من الفقهاء في شرح نصوص القانون الروماني (Corpus Juris Civilis) ، بل كان لا يرجع إلى هذه النصوص إلا لتكون مؤيدة لما يقرره من أحكام العقل والمنطق ، فيكون ذلك أبداً في الإلتناع وأدعى إلى الاطمئنان (mettre l'esprit au repos) كما يقول .

الرومان التي تسربت إلى القانون الفرنسى القديم على أيدي الفقهاء الرومانيين (romanistes) وفريق من الفقهاء المدنيين (civilistes) الذين تأثروا بالأولين . على أن لدوما مزيتين لا ينكران في هذا الشأن : (أولاهما) هذه النظرة الشاملة التي أحاط بها موضوع السبب . فصاغ منه نظرية عامة محبوبة الأطراف لم تكن قبله قد نسقت على النحو الذى قام به هو . كانت هناك أحجار مهدئة للبناء . فشيء منها دوما بناء مدعما متماسكاً ، هو هذا الذى انتقل منه إلى من بعده من الفقهاء . ثم منهم إلى أصحاب النظرية التقليدية التي ظلت سائدة طوال القرن الماضى . (والمزية الثانية) أن دوما سجل في وضوح كامل ما وصل إليه عصره في تحرير الإرادة من الشكل والرسوم والأوضاع . فقد كانت التقسيمات الرومانية العتيقة لأصناف العقود قد دالت دولتها ، وزالت التفرقة بين الاتفاق العارى غير الملزم والعقود والاتفاقات الملزمة . وأصبح كل اتفاق ملزماً . ويقرر الفقيه الكبير هذه الحقائق في عبارات جلية واضحة فيقول في كتابه «القوانين المدنية» (١) : «كل اتفاق ، سواء أكان له اسم معين أم لم يكن . ينتج أثره دائماً ويلزم بما تم الاتفاق عليه ... ولم يعد هناك محل لأن نبسط ما كان القانون الرومانى يقيمه من فروق بين العقود التي لها اسم معين والعقود التي لا اسم لها . فهذه التميزات التي تنطوى على دقة زائفة لم تعد مقبولة في عرف عصرنا . وهى مدعاة للاضطراب من غيرما فائدة » . ويلاحظ أن دوما يقرر أن الإرادة وحدها ملزمة على اعتبار أنها حقيقة مقررة في عصره ، لا تحتاج إلى تمحيص أو مناقشة . فقد كانت القاعدة التي تقرر أن «الاتفاق وحده ملزم» (Solus consensus obligat) قد ظفرت في النهاية ، وفاز أصحابها على معارضيها من الفقهاء المدنيين المتأثرين بالقانون الرومانى .

أما العيب الجوهرى في نظرية دوما فهو أنه تأثر في هذه النظرية ، كما قدمنا ، بالفقهاء المدنيين الذين ظلوا أماناً للقانون الرومانى ، فنقل عنهم النظرية الرومانية الضيقة (٢) . وهنا يتولانا شيء من العجب . فإن دوما ، وهو من

(١) الكتاب الأول - الباب الأول - الفرع الأول فقرة ٧ .

(٢) ويذكر كاستان في كتابه في السبب (ص ١٦٠ - ص ١٦٣ و ص ١٦٣ هامش رقم ١) أن دوما تأثر في نظريته في السبب بفقهاء مدنيين ينتمون إلى الفقهاء الرومانيين ، من أمثال كونان (Connan) ودونو (Doneau) - أنظر أيضاً في هذا المعنى بلانيسول ورييه

أنصار المنطق والقانون الطبيعي ، وقد رأيناه يقول بالإرادة وحدها مصدراً للالتزام فيطأوع في ذلك الفقهاء المدنيين المتأثرين بالقانون الكنسي . يرجع القهقرى عندما يتولى بسط نظرية السبب ، فلا يسير في منطقته إلى مدهاء ، ولا يقول مع هؤلاء الفقهاء المدنيين أنفسهم إن الإرادة بعد أن أطلقت من عقال الشكل وجب أن تنقيد بالغرض الذي اتجهت إلى تحقيقه فيكون الباعث هو السبب ، يأبى دوماً أن يكون منطقياً في نظريته للإرادة والسبب ، ويرجع إلى الفكرة الرومانية ، فيجعل من السبب أمراً موضوعياً داخلياً لا يتغير في نوع واحد من العقود ! وقد يعلل ذلك أن دوماً أثر دقة الصياغة الرومانية فجرى على منوالها . ولكنه أضاع بذلك على القانون خصوصية النظرية الكنسية في السبب وما لها من مدى بعيد وأثر بالغ .

وهذا ما يقوله دوماً وهو يبسط نظرية السبب ، بعد أن يقسم العقود أقساماً أربعة . الثلاثة الأولى هي عقود معاوضة والقسم الأخير خصص لعقود التبرع : وفي الأقسام الثلاثة الأولى من العقود يجري التعامل دون أن يكون فيه أي تبرع . ويكون التزام أحد المتعاقدين هو الأساس للالتزام الآخر . وحتى في العقود التي يظهر أن شخصاً واحداً فيها قد التزم . كما في اقراض مبلغ من النقود ، قد سبق التزام المقرض ما وجب أن يعطيه إياه الطرف الآخر حتى يتكون العقد . وعلى ذلك فالالتزام الذي ينشأ من مثل هذه العقود لمصلحة أحد المتعاقدين يوجد سببه دائماً في جانب الآخر . ويكون الالتزام باطلاً إذا لم يكن مبنياً في الواقع على سبب (١) . ثم يتابع دوماً بسط نظريته ، وينتقل إلى عقود التبرع فيقول : « وفي الهبات ... يكون التزام الواهب أساسه غرض من الأغراض المعقولة الحقة ، كخدمة أسداها الموهوب له أو أية مزية أخرى فيه أو محض الرغبة في عمل الخير من جانب الواهب . وهذا

(١) • القوانين المدنية • الكتاب الأول — الباب الأول — الفرع الأول — وقرر دوماً في موضع آخر من الكتاب أن الالتزام الذي يتم على سبب انقطع بعد ذلك يصبح باطلاً (الكتاب الأول — الباب الأول — الفرع الأول فقرة ١٣) ، فهو يستصحب السبب من نكوب العقد إلى تنفيذه .

الغرض يقوم مقام السبب بالنسبة إلى طرف الذى أخذ ولم يعط شيئاً (١) . وقد يفهم من هذه العبارات الأخيرة ، دوماً يرى أن السبب في التبرعات قد يكون هو الباعث . كما كان الأمر في القانون الرومانى على ما قدمنا . ولكنه في موضع آخر يعود إلى هذه المسألة فيقول : « يجب في الهبات أن يتميز تمييزاً واسعاً ما بين البواعث التى يعلن الواهبون أنها هى أسباب تبرعهم وبين الشروط التى يفرضونها في هباتهم . وذلك لأنه بينما أن الإخلال بالشروط في الهبة المنتزعة بشرط يضلها . فإن الهبة تبقى قائمة حتى لو تبين أن البواعث التى ذكرت فيها ليست صحيحة . فلو أنه ذكر في هبة أنها تمت لخدمات أسديت أو لتمكين الموهوب له من أن يمتلك شيئاً يريد . فإن الهبة لا تبطل حتى لو ظهر أنه لم تكن هناك خدمات أسديت أو أن الامتلاك لم يتم . وذلك لأن إرادة من وهب تبقى دائماً قائمة . وقد تكون له بواعث أخرى غير التى أعلنها (٢) . ويستخلص الأستاذ كاييتان من هذه العبارات أن دوماً يتميز في عقود التبرع بين السبب والباعث . فالسبب هو الذى يؤثر في صحة التبرع ، أما الباعث فلا أثر له (٣) .

وبتين ما قدمناه أن دوماً يشترط قيام السبب في جميع العقود . فالسبب في التزام المتعاقد في العقود الملزمة للجائين هو ما يقوم به المتعاقد الآخر ، أى التزامه المقابل . والسبب في التزام المتعاقد في العقود الملزمة لجانب واحد هو ما قام به المتعاقد الآخر . أى التسليم الذى تم من جانبه في مبدأ الأمر . والسبب في التبرعات هو إرادة المتبرع في أن يتبرع ، أى نية التبرع . ومن ذلك نرى أن نظرية دوما في السبب قامت على الفكرة الرومانية الضيقة . وتأثرت بأقوال الفقهاء المدنيين الذين احتفظوا بتقاليد القانون الرومانى .

- (١) . القوانين المدنية ، الكتاب الأول - الباب الأول - الفرع الأول .
- (٢) . القوانين المدنية ، الكتاب الأول - الباب الثالث - الفرع الأول فقرة ١٣ .
- (٣) كاييتان في السبب فقرة ٧٦ . فان بواجيران (ص ١٥٠ - ١٥٥) وهو يستخلص من هذه العبارات أن دوماً يعد الباعث في التبرعات ، ويجعل له أثراً في صحتها - ويدو أن دوماً يتميز بين الباعث الدافع للهبة ، ومظهره أن يكون شرطاً مروضاً في العقد ، وهو يؤثر في صحة التبرع . وبين الدومع التى تذكر في العقد دون أن تترس شروطاً ، وهذه لا تؤثر لاحتمال أن يكون هناك دومع أخرى حدث على التبرع .

٢٦٠ - نظرية السبب عند خلفاء دوما من الفقهاء : ولم يزد الفقهاء

الذين خلفوا دوما في القانون الفرنسي القديم على أن يرددوا مقالته دوما في نظرية السبب . وأبرز هؤلاء الفقهاء ، كما قدمنا ، فقيهان : بريغو دى لاجانس وبوتييه .

كان بريغو دى لاجانس (Prévôt de la Janès) أستاذاً للقانون في جامعة أورليان في النصف الأول من القرن الثامن عشر . وقد توفي في سنة ١٧٤٩ . ذكر في كتاب له (١) أن الرضاء يجب أن يكون مبنياً على سبب (fondé sur quelque cause) . وعرف السبب بأنه الغرض (motif) الذي دفع المتعاقد إلى الالتزام . ولكنه بين ما يريد بكلمة « الغرض » عند الكلام في البيع ، فذكر أن السبب في التزام كل من المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر المقابل له . فالسبب عنده في العقود الملزمة للجانبين هو السبب ذاته عند دوما (٢) .

أما بوتيه (Pothier) الفقيه الفرنسي المعروف - وقد خلف بريغو دى لاجانس في أستاذية القانون بجامعة أورليان - فكان أوضح بياناً من سلفه في بسط نظرية السبب ، ولكنه لم يخرج كثيراً عما قاله دوما في هذه النظرية . ذكر في كتاب « الالتزامات » (٣) ما يأتي : « يجب أن يكون لكل التزام سبب شريف (cause honnête) . ففي عقود المعاوضة يكون السبب في الالتزام الذي يعقده أحد الطرفين هو ما أعطاه له الطرف الآخر ، أو ما يلتزم بإعطائه له ، أو التبعة التي يتحملها . وفي عقود التبرع يكون الجميل الذي يقصد أحد المتعاقدين أن يسديه للآخر سبباً كافياً للالتزام الذي يعقده قبله . أما إذا لم يقم الالتزام على أي سبب ، أو ما يعدل ذلك إذا كان السبب الذي عقد من أجله الالتزام غير صحيح ، فالالتزام باطل ، ويبطل العقد الذي يتضمنه . ثم ينتقل بوتيه إلى السبب غير المشروع فيقول : « إذا كان السبب الذي عقد

(١) (Principes de la Juris. fr. suivant l'ordre des actions.) القسم

الثاني - الباب الثامن - الفصل الثاني .

(٢) كابيان في السبب فقرة ٨٠ - ويرى بريغو دى لاجانس أن العهد المكتوب يكون

ذا سبب صحيح إذا ذكر العهد أنه يقر بمديونية ويتعهد بالدفع . لا يراه بوتييه سبباً كافياً للالتزام (بواجبان من ١٥٨ - من ١٥٩)

(٣) فقرة ٢ .

من أجله الالتزام سبباً يخرج العدالة أو حسن النية أو لآداب (cause qui blesse la justice, la bonne foi ou les bonnes moeurs ، فالالتزام باطل ، ويطل العقد الذى يتضمنه (١) .

ونرى من ذلك أن پوتيه ردّد في وضوح وإسهاب ما سبقه إليه دوما . وإذا كان قد زاد عليه في التفصيل . ففي المسائل الثلاث الآتية : (١) لم يكتف بأن يحدد السبب في العقود الملزّمة للجانبين والعقود الملزّمة لجانب واحد ، بل حدده أيضاً في العقود الاحتمالية وجعله التبعة التى يتحملها المتعاقد . (٢) ذكر في وضوح أن السبب في التبرعات هو نية التبرع . وكان دوما غير واضح في ذلك وضوحاً كافياً كما رأينا . (٣) أفاض في ذكر السبب غير المشروع وقرنه بالسبب غير الموجود والسبب غير الصحيح . فوضع الأساس لشروط السبب في النظرية التقليدية (٢) .

وقد نقل قانون نابليون نظرية السبب عن دوما وپوتيه في المواد ١١٠٨ و ١١٣١ - ١١٣٣ . وصارت هذه النصوص هى الأساس الذى تقوم عليه النظرية التقليدية في السبب .

هذا هو تاريخ تطور نظرية السبب . أوردناه في شيء من التفصيل حتى نتبين أن هذه النظرية قد انتقلت إلى القانون الحديث وهى تحمل أثراً واضحاً من ذكريات ماضيا ، سواء في ذلك النظرية التقليدية أو النظرية الحديثة . وننتقل الآن لبسط نظرية السبب في القانون الحديث .

المبحث الثاني

نظرية السبب في القانون الحديث

٢٦١ - ترتيب الموضوع : انتقلت نظرية السبب كما رأينا من القانون الفرنسى القديم إلى قانون نابليون ، وبسطها الفقهاء الفرنسيون على النحو

(١) « الالتزامات » ، فقرة ٤٣ .

(٢) وراد پوتيه أيضاً في أنه مير من سبب بمعنى مصدر الالتزام والسبب بمعنى الحرمدى بقدره إليه الملتزم ، فوضع ردّد انقسم ثلاثاً للسبب لدى سزاه في النظرية التقليدية .

الذى رأيناه عند دوما وبوتييه . وهذه هى النظرية التقليدية فى السبب . ولما كانت هذه النظرية عقيمة مجدية ، إذ هى مشبعة بالفكرة الرومانية الضيقة كما قدمنا ، فقد انتصب لها خصوم أشداء فندوها وزعزعوا الثقة بها وكادوا أن يقضوا على فكرة السبب كركن من أركان الالتزام . وأثارت هذه الخصومة لنظرية السبب التقليدية فقهاء آخرين قاموا ينتصرون لفكرة السبب فى ذاتها . سواء فى صورتها التقليدية أو فى صورة أخرى لها معدلة . ولكن القضاء فى فرنسا كان بمعزل عن هذه الخصومات الفقهية ، وأخذ من جانبه يعود إلى النظرية الكنسية المحصنة وهى النظرية التى تفسر السبب بالباعث فتجعل للسبب معنى منتجاً فعلاً . ومن ثم قامت النظرية الحديثة فى السبب على أنقاض النظرية التقليدية ، قامت فى أول أمرها على أكتاف القضاء فهو الذى عبد لها الطريق كما رأينا ، ثم تبع الفقه القضاء فى ذلك . وقد تلى القانون المدنى الجديد النظرية وهى فى مرحلة متقدمة من مراحل تطورها ، فاستكمل حلقات التطور بفصل نظرية السبب عن نظرية الغلط فصلاً تاماً وكانا من قبل يتلاقيان فى منطقة مشتركة .

فنحن نتكلم : (أولاً) فى نظرية التقليدية . (ثانياً) فى النظرية الحديثة (ثالثاً) فى نظرية السبب بعد انتقالها إلى القانون المدنى الجديد .

المطلب الأول

النظرية التقليدية فى السبب

٢٦٢ - النصوص فى القانون المدنى الفرنسى وفى القانون المدنى

المصرى القديم : تلقى قانون نابليون نظرية السبب كما بسطها دوما ، وانتقلت منه إلى الفقه الفرنسى . وبقى الفقهاء الفرنسيون يقررون هذه النظرية التقليدية طوال القرن التاسع عشر (١) . وسرى ونحن نبسط ما قرروه أنهم لم يبتعلوا عما قرره دوما وبوتييه مما سبق بيانه .

وقد دخلت النظرية التقليدية فى نصوص قانون نابليون من النحو الآتى :

(١) أنظر سلفاً وأيضاً للنظرية التقليدية للسبب فى ديملوب ٢٤ ص ٣٢٩ وما بعدها .

نصت المادة ١١٣١ من هذا القانون على أن الالتزام لا ينتج أى أثر إذا لم يكن مبنياً على سبب (sans cause) ، أو كان مبنياً على سبب غير صحيح (fausse cause) . أو على سبب غير مشروع (cause illicite) .

ونصت المادة ١١٣٢ على أن الاتفاق يكون صحيحاً ولو لم يذكر سببه .
ونصت المادة ١١٣٣ على أن السبب يكون غير مشروع إذا جرمه القانون ، أو إذا كان مخالفاً للآداب أو للنظام العام .

وقد نقل القانون المدني المصرى القديم عن قانون نابليون هذه النصوص بعد أن أوجزها فى نص واحد على الوجه الآتى :

نصت المادتان ٩٤ / ١٤٨ من القانون المدني المصرى القديم على أنه « يشترط لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً » .
والأصل الفرنسى لهذا النص العربى أدق . فهو يقضى بأن « الالتزام لا يوجد إلا إذا كان له سبب محقق مشروع (١) » . فجعل السبب شرطاً فى وجود الالتزام لا فى صحته فحسب .

ونتناول الآن النظرية التقليدية . فتكلم أولاً فى معنى السبب فى هذه النظرية وفى الشروط التى يجب توافرها فيه . ثم نستعرض بعد ذلك الحجج التى تقدم بها خصوم السبب فى تنفيذه ، والحجج التى تقدم بها أنصاره فى تأييده .

١٥ - معنى السبب فى النظرية التقليدية والشروط الواجب توافرها فيه

١ - تحديد معنى السبب فى النظرية التقليدية

٢٦٣ - السبب الإنشائى والسبب الدافع والسبب القصدى :

تميز النظرية التقليدية بين السبب الإنشائى (cause efficiente) والسبب الدافع (cause impulsive) والسبب القصدى (cause finale) (٢) .

(١) وهذا هو الأصل الفرنسى : « L'obligation n'existe que si elle a une cause certaine et licite » .

(٢) وقد رأينا أصل هذا التمييز فيما نقله المحشون والبارتوليون عن الفلسفة اليونانية من التمييز بين السبب (causa proxima, finalis) والباعث (causa remota, impulsiva) (أنظر آفاً فقرة ٢٥٦) ، وفى التمييز الذى قال به بوتييه بين السبب بمعنى مصدر الالتزام والسبب بمعنى تعرض الذى يقصد إليه الملتزم (أنظر آفاً فقرة ٢٦٠ فى الهامش) .

فالسبب الإنشائي هو مصدر الالتزام . وقد عرفنا أن مصادر الالتزام هي العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون . والسبب بهذا المعنى لا بعيننا هنا ، ويجب أن نستبعده .

والسبب الدافع هو الباعث الذي دفع الملتزم إلى أن يرتب في ذمته الالتزام . فمن يشتري منزلاً قد يكون الدافع له على الشراء والالتزام بدفع الثمن هو أن يستغل المنزل ، أو أن يخصصه لسكنائه ، أو أن يجعل منه محلاً لعمله ، أو أن يديره للعھارة . أو أن يجعل منه نادياً للمقامرة ، الخ . ونرى من ذلك أن الباعث يجمع الخصائص الثلاث الآتية : (١) هو شيء خارجي عن العقد (extrinsèque) . فلا يذكر في الاتفاق ضرورة ، ولا يستخلص حتماً من الالتزام . (٢) هو شيء ذاتي للملتزم (subjectif) ، إذ يرجع إلى نواياه وما يتأثر به من دوافع . (٣) هو شيء متغير (variable) ، لا في كل نوع من العقود فحسب . بل في كل عقد على حدة ، فالباعث للمشتري في عقد غير الباعث للمشتري في عقد آخر . ولما كان الباعث لا يمكن ضبطه على وجه التحديد . فإن النظرية التقليدية تذهب إلى أنه لا تأثير له في وجود العقد ولا في قيام الالتزام . فهما كان هذا الباعث شريفاً أو غير شريف . مبتثقاً مع النظام العام أو مخالفاً له ، فإن العقد صحيح والالتزام قائم .

والسبب القصدى - وهو السبب الذي تقف عنده النظرية التقليدية - وإذا أطلقت كلمة السبب عنته بهذه الكلمة - يعرف عادة بأنه هو الغاية المباشرة (fin directe) أو الغرض المباشر (but immédiat) الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه . فيختلف السبب عن الباعث في أن السبب هو أول نتيجة يصل إليها الملتزم (causa proxima) ، أما الباعث فغاية غير مباشرة (causa remota) تتحقق بعد أن يتحقق السبب ، ولا يصل إليها الملتزم مباشرة من وراء الالتزام .

٢٦٤ - السبب في الطوائف المختلفة للعقود . وتستعرض النظرية

التقليدية الطوائف المختلفة للعقود لتحديد السبب - ويفهم دائماً بمعنى السبب القصدى - في كل طائفة منها ، على النحو الذي جرى عليه دوماً وبوتية .

في العقود الملزمة للجانبين سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام

الآخر . مثل ذلك عقد البيع ، يلتزم البائع فيه بنقل ملكية المبيع ، وسبب هذا الالتزام - أى الغرض المباشر الذى قصد البائع أن يحققه من وراء التزامه بنقل ملكية المبيع - هو التزام المشتري بدفع الثمن . ويلتزم المشتري بدفع الثمن ، وسبب هذا الالتزام - أى الغرض المباشر الذى قصد المشتري أن يحققه من وراء التزامه بدفع الثمن - هو التزام البائع بنقل ملكية المبيع . وقل مثل ذلك فى العقود الأخرى الملزمة للجانبين ، كالتقايط والإيجار وعقد المقاولة وعقد العمل .

وفى العقود الملزمة لجانب واحد . إذا كان العقد عينياً . قرضاً كان أو عارية أو وديعة أو رهن حيازة (١) . يكون سبب التزام المتعاقد الملزم هو تسلمه الشيء محل التعاقد . فالمقرض يلتزم برد القرض لأنه تسلمه ، وهذا هو الغرض المباشر الذى قصد إلى تحقيقه من وراء التزامه .

وإذا كان العقد الملزم لجانب واحد عقداً رضائياً . كالوعد بالبيع ، فالظاهر أن سبب الالتزام هو إتمام العقد النهائي . وهو الغرض المباشر الذى قصد إلى تحقيقه . وهو بعد سبب محتمل قد يتحقق وقد لا يتحقق (٢) .

وفى عقود التبرع السبب فى التزام المتبرع هو نية التبرع ذاتها . فالمتبرع يقصد من وراء التزامه غرضاً مباشراً هو إسداء يد للموهوب له ، وهذا هو السبب فى تبرعه .

٢٦٥ - خصائص السبب : ويتبين مما تقدم أن خصائص السبب فى

النظرية التقليدية هى عكس خصائص الباعث . فالسبب شيء داخلى فى العقد (intrinsèque) يستخلص حتماً من نوع العقد ومن طبيعة الالتزام ذاته . وهو شيء موضوعى (objectif) لا تؤثر فيه نوايا الملتزم . وهو غير متغير (invariable) ، فيبقى واحداً فى نوع واحد من العقود . ولا يتغير بتغير البواعث والدوافع . وهذه الخصائص الثلاث هى عين الخصائص التى رأيناها لصيقة بالسبب

(١) وهذا فى غير القانون المصرى الجديد الذى ألغى العقود العينية كما رأينا ، ولم يبق منها إلا هبة المنقول . ثم هذا يفرض أن العقود العينية ملزمة لجانب واحد كما يذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء .

(٢) كإثبات فى السبب فقرة ٢٨ .

في الفكرة الرومانية القديمة .

٢٦٦ - قيام السبب من وقت تكوين العقد إلى حين تنفيذه :

ونحرص النظرية التقليدية على أن تقرر أن قيام السبب واجب من وقت تكوين العقد إلى حين تنفيذه . فإذا قام السبب عند تكوين العقد . ثم انقطع قبل التنفيذ ، سقط الالتزام . وتظهر أهمية هذا الحكم في العقود الملزمة للجائين . فإن هذه العقود تتميز بأمور ثلاثة : (١) إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ ما ترتب في ذمته من التزام ، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ . (٢) إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد ، وهذه هي نظرية الفسخ . (٣) إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لقوة قاهرة تحمل هو تبعه هذه الاستحالة وسقط التزام المتعاقد الآخر ، وهذه هي نظرية تحمل التبعة . وسنعرض لهذه النظريات بالتفصيل في مواضعها . ويكفي أن نشير هنا إلى أن أصحاب النظرية التقليدية يبنون هذه النظريات الثلاث على فكرة السبب ووجوب بقاءه قائماً إلى أن يتم تنفيذ العقد . فإذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، أو استحال عليه هذا التنفيذ لقوة قاهرة . فإن التزام المتعاقد الآخر ينقطع سببه ، ومن ثم يستطيع هذا المتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، أو أن يطلب فسخ العقد ، أو أن يجعل المتعاقد الذي استحال تنفيذ التزامه يحمل تبعه هذه الاستحالة بعد سقوط الالتزام الذي انقطع سببه (١).

ب - الشروط الواجب توافرها في السبب

٢٦٧ - شروط ملزمة : يخلص من النصوص التي أوردها في القانون

المدني الفرنسي وفي القانون المدني المصري القديم أن السبب يجب أن تتوافر

(١) ويلاحظ أن القانون الروماني كان يأبى أن يدفع فكرة السبب في عقد البيع إلى حد أن يتطلب بقاء السبب بعد تكوين العقد ، بل كان يفت بفكرة السبب عند تكوين العقد ، دون أن يجاوز مرحلة التكوين إلى مرحلة التنفيذ . فلم يكن يسلم بأية نظرية من هذه النظريات الثلاث : الدفع بعدم التنفيذ والفسخ وتحمل المدين تبعه استحالة التزامه (أنظر آتفاً فقرة ٢٥٢). فالنظرية التقليدية في السبب متقدمة في هذه الناحية على القانون الروماني .

فيه شروط ثلاثة : (١) أن يكون موجوداً . (٢) وأن يكون صحيحاً . (٣) وأن يكون مشروعاً .

٢٦٨ - وهو السبب : تقول النظرية التقليدية إن كل التزام يجب أن

يكون له سبب . ووجود السبب ليس في الواقع شرطاً يجب توافره في شيء ، بل هو الشيء ذاته . وإنما يثار وجود السبب حتى يتقرر أن كل التزام لا يكون له سبب يكون التزاماً غير قائم .

ويغلب في السبب غير الموجود أن يكون سبباً موهوماً وقع غلط في وجوده ، فظن المتعاقدان أنه موجود وهو غير موجود . ولكن السبب الموهوم لا يدخل في دائرة هذا الشرط الأول . بل يدخل في دائرة الشرط الثاني كما سنرى . أما هنا فالمراد بالسبب غير الموجود أن يكون المتعاقدان على بينة من أنه غير موجود . أي غير واهمين في وجوده . وبصح التساؤل إذن كيف يقدم المتعاقدان على التعاقد لسبب غير موجود وهما عالمان بذلك ؟ تجيب النظرية التقليدية أن هذا يمكن أن يتحقق عند التعاقد وبعد التعاقد .

فهو يتحقق عند التعاقد في فروض مختلفة نذكر منها فرضين : (١) قد يكره أحد المتعاقدين على إمضاء إقرار بمديونيته وهو غير مدين . أي لسبب لا وجود له ، كقرض لم يتم . فيكون كل من المتعاقدين على بينة من أن سبب المديونية غير موجود . وفي هذه الحالة يكون العقد الذي يقر فيه المتعاقد المكره بمديونيته باطلا لانعدام السبب . ولا يكفي أن يقال إنه قابل للإبطال لما وقع فيه من إكراه . بل قد لا يكون هناك إكراه ويصدر الإقرار بالمديونية قبل تسلم القرض ، ثم يثبت المقر أنه لم يتسلم القرض أصلاً . فيكون الإقرار في هذه الحالة باطلا لانعدام السبب . ويستقيم الفرض حتى لو اعتبر الإقرار إرادة منفردة لا عقداً ، فإن السبب ركن في كل الترام إرادى ولو لم يكن التزاماً عقدياً . (٢) يكون السبب غير موجود . دون أن يكون هناك وهم أو إكراه . فيأسمى بسنداً محاملة (effet de complaisance) . وصورته أن يلتزم شخص نحو آخر التزاماً صورياً . فيمضى سنداً لمصلحته ، ويقصد من ذلك أن يعطى الدائن الصورى سنداً يحصل على قيمته من طريق تحويله ، حتى إذا حل ميعاد دفع السند قام الدائن الصورى بتوريد قيمته إلى

المدين . فيدفعها هذا الحامل السند . وبذلك يستطيع الدائن الصورى أن يحصل على ما هو في حاجة إليه من النقود إلى أجل معلوم : لا من مدينه بالذات ، بل بفضل إمضاء هذا المدين على سند انجاملة . ولا يحتاج بانعدام السبب على حامل السند إذا كان حسن النية . ونسكن في العلاقة ما بين المدين ودائنه الصورى يستطيع الأول أن يتمسك ببطالان السند لانعدام السبب (١) .

ويتحقق انعدام السبب بنوع خاص بعد التعاقد . ويقع ذلك في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه أو استحالة عليه هذا التنفيذ لقوة قاهرة ، فإن سبب التزام المتعاقدين الآخر يصبح غير موجود بعد أن كان موجوداً عند التعاقد . وانعدام السبب بعد وجوده في هذه الأحوال هو الذى يرر نظرية الدفع بعدم التنفيذ ونظرية الفسخ ونظرية تحمل التبعة على ما بينا .

٢٦٩ - **سبب السبب** : ويجب أيضاً أن يكون السبب صحيحاً . فالسبب غير الصحيح (fausse cause) لا يصلح أن يقوم عليه التزام . ويرجع عدم صحة السبب إلى أحد أمرين : (١) إما لأن السبب الظاهر - وهو السبب غير الصحيح - هو سبب موهوم أو مغلوط (cause erronée) (٢) وإما لأن السبب الظاهر هو سبب صورى (cause simulée) .

والأمثلة على السبب الموهوم كثيرة : وارث يتخارج مع شخص يعتقد أنه وارث معه وهوليس بوارث . فيعطيه مبلغاً من النقود حتى يتخلى عن نصيبه في الميراث . فهذا التخارج باطل لأن سببه موهوم . وارث يمضى لإقراراً بدين على التركة ويتبين أن الدائن كان قد استوفى الدين من المورث . فهذا الإقرار باطل لأن سببه موهوم . وارث يتعهد لموصى له بعين في التركة أن يعطيه مبلغاً من المال في نظير نزوله عن الوصية ، ويتبين بعد ذلك أن الوصية باطلة أو أن الموصى قد عدل عنها ، فتعهد الوارث باطل لأن سببه

(١) ويتحقق انعدام السبب، دون وهم أو إكراه، في عقد احتمالي يسمى «كرة الثلج» (boule de neige) (أنظر في ذلك نظرية العقد المؤقت من ٥٥١ هـ هامش رقم ٣) كما قد يتحقق في سائر العقود الاحتمالية - وهى عقود السبب فيها هو احتمال المكسب والخسارة في كل من الجانبين - فإذا انعدم هذا الاحتمال في جانب اعدم سبب الالتزام ، وقد يكون ذلك عن بينة وفي غير إكراه .

موهوم . مدين يتفق مع دائه على تجديد الدين : فتيين أن الدين القديم باطل أو أن الدائن قد استوفاه . فلتجديد باطل لأن سببه موهوم .

بقي السبب الصورى . والعقد الذى يقوم على سبب صورى لا يكون باطلا لصورية السبب . فإن الصورية فى ذاتها ليست سبباً فى البطلان . ولكن إذا أثبت المدين صورية السبب . فعلى الدائن أن يثبت السبب الحقيقى . ويكون الالتزام قائماً أو غير قائم تبعاً لهذا السبب الحقيقى . فإن كان هذا السبب موهوماً سقط الالتزام لأن السبب الحقيقى موهوم لا لأن السبب الظاهر صورى . وإن كان السبب الحقيقى غير مشروع . وقد أخفى تحت ستار سبب مشروع كما هو الغالب : سقط الالتزام أيضاً . لا لصورية السبب الظاهر ، بل لعدم مشروعية السبب الحقيقى . أما إذا كان السبب الحقيقى مشروعاً غير موهوم . فإن الالتزام يقوم بالرغم من صورية السبب الظاهر (١) .

٢٧٠ - مشروعية السبب : ويجب أخيراً أن يكون السبب مشروعاً .

والسبب المشروع هو الذى لا يخرمه القانون ولا يكون مخالفاً للنظام العام ولا للآداب (٢) . وقد بينا معنى المخالفة للقانون أو للنظام العام أو للآداب عند الكلام فى المحل غير المشروع . ونبين هنا أن مشروعية السبب . عند أصحاب النظرية التقليدية . شرط متميز عن مشروعية المحل . فقد يكون المحل مشروعاً والسبب غير مشروع . ويتحقق ذلك فى فروض مختلفة : نذكر منها الفروض الثلاثة الآتية :

(أولاً) إذا تعهد شخص لآخر بارتكاب جريمة فى مقابل مبلغ من النقود يأخذه منه : فإن التزام الشخص الآخر بدفع النقود محله مشروع ، ولكن سببه - وهو التزام الشخص الأول بارتكاب الجريمة - غير مشروع .

(١) أنظر فى هذا المعنى المذكورة الإيضاحية لمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٧) .

(٢) محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٥ يونية سنة ١٩٠١ المحلوف ١٦ ص ١٧٩ . محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٧ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٣٦ - وفى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٥٩ - وفى ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٨٣ - وفى ١٢ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١١٩ .

فلا يقوم هذا الالتزام . لا لعدم مشروعية المحل . بل لعدم مشروعية السبب .
(ثانياً) كذلك إذا تعهد شخص لآخر بعدم ارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود ، فإن التزام كل من المتعاقدين محله مشروع . فقد تعهد الأول بعدم ارتكاب الجريمة ، وتعهد الثاني بدفع مبلغ من النقود ، وكلا المحلين مشروع . ولكن سبب التزام الأول بالامتناع عن ارتكاب الجريمة هو التزام الثاني بدفع النقود ، وهذا سبب غير مشروع . وسبب التزام الثاني بدفع النقود هو التزام الأول بالامتناع عن ارتكاب الجريمة ، وهذا أيضاً سبب غير مشروع . ومن ذلك نرى أن كلامنا من الالتزامين لا يقوم لعدم مشروعية السبب ، وهذا بالرغم من أن محل كل منهما مشروع . وكذلك الأمر في كل عقد يلتزم فيه شخص بإجازة آخر ليحمله على الالتزام بما يجب عليه دون إجازة ، كالمودع يجيز المودع عنده حتى يرد الوديعة ، وكالمسروق منه يجيز السارق حتى يرد المسروق ، وكالمخطوف ولده يجيز الخاطف حتى يرد الولد ، وكمن يخشى أذى دون حق من شخص يجيز هذا الشخص حتى يكف عنه أذاه .

(ثالثاً) عقد الوساطة في الزواج (courtage matrimonial) هو أيضاً عقد سببه غير مشروع ، على رأى ، وإن كان المحل مشروعاً . فإذا التزم شخص أن يدفع أجراً لوسيط يبحث له عن زوج يرضاه ، فإن كثيراً من الفقهاء (١) يقولون إن العقد غير مشروع لأنه يجعل الزواج ضرباً من التجارة . إلا أن محكمة النقض الفرنسية ميزت بين فرضين . فإذا اشترط الوسيط الأجر تم الزواج أو لم يتم ، كان هذا أجراً على العمل لا جائزة على النجاح ، فيكون العقد مشروعاً . أما إذا اشترط الأجر على ألا يأخذه إلا إذا تم الزواج ، فهذا هو الاتفاق الباطل ، لأن الوسيط في هذه الحالة قد يحمل على ركوب طرق من الغش والخديعة حتى يتم زواجاً قد لا يكون في مصلحة الزوجين أن يتم ، ولا مصلحة فيه إلا للوسيط يحصل على أجره الموعود (٢) . والقضاء

(١) أوبري ورو ٤ ص ٥٥٣ - لاروميير ١١٣٢ فقرة ١١ - ديبلومب ٢٤ فقرة ٣٣٥ - لوران ١٦ فقرة ١٥٠ - غنوار ص ٥٤١ .
(٢) نفس درجى في أول مايو سنة ١٨٥٥ دالوز ١٨٥٥ - ١ - ١٥٧ .

في مصر غير مستقر ، فقد قضت إحدى المحاكم الوطنية (١) ببطان العقد ، لا سيما في بلد كمصر حيث يسهل على «الخاطبة» أن تخدع الزوج ، في أمر زوجته بسبب انزوال المرأة عن الرجل (٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة (٣) بصحة العقد إذ أن الغرض الذي يرمى إليه مشروع ، فهو يسر أمر الزواج ، وإذا وقع غش من الوسيط أمكن الرجوع عليه بالطرق القانونية . ونحن نؤثر الأخذ برأى محكمة النقض الفرنسية . فيكون العقد صحيحاً إذا أخذ الوسيط أجراً على عهده تم الزواج أو لم يتم . ويكون باطلاً إذا لم يأخذ الأجر إلا إذا تم الزواج . فإذا أخذ بهذا الرأي كان الاتفاق مع الوسيط على إعطائه أجراً إذا نجحت وساطته اتفاقاً غير مشروع . وعدم المشروعية هنا يرجع إلى السبب لا إلى المحل ، فإن التزام كل من الفريقين محله مشروع ، أحدهما يلتزم بإعطاء الأجر والثاني يلتزم بالعثور على زوج صالح ، ولكن سبب كل من الالتزامين غير مشروع ، لأنه مما يخالف الآداب والنظام العام أن يلتزم الوسيط بتزويج الطرف الآخر في مقابل أجر ، وأن يلتزم الطرف الآخر بإعطاء الوسيط أجراً في مقابل هذا الزواج .

§ ٢ - خصوم السبب وأنصاره

١ - خصوم السبب

٢٧١ - الهجوم على النظرية التقليدية : منذ أن استقرت النظرية

التقليدية ، منقولة عن دوما وهوتيه على النحو الذي بسطناه ، بقيت مبعثاً لقلق الفقهاء ، يرون فيها ضيق الأفق وقصور المدى وعقم الإنتاج . وأول من جاهر من الفقهاء بذلك كان الفقيه البلجيكي إرنست (Ernst) وكان أستاذاً في جامعة لياج ، كتب

(١) محكمة عابدين الجزئية في ١٧ مارس سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٥٦ - وانظر أيضاً محكمة مصر المختلطة في ٨ ديسمبر سنة ١٩١٩ جازيت ١١ رقم ٩٩ .
(٢) ويؤيد هذا الرأي والتون (جزء أول ص ٢٨٥ - ص ٢٨٨) والدكتور محمد صالح بك (الالتزامات ص ٢٥٤) .

(٣) ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٨٣ - وانظر أيضاً محكمة مصر المختلطة في ٢٣ يناير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ رقم ١٦١ ص ٩٠ .

مقالاً في سنة ١٨٢٦ في مجلة (Bibliothèque du juriste et du publiciste) (١) بين فيه أن السبب في النظرية التقليدية ليس ركناً متميزاً . فهو يختلط إما بالخل في العقود الملزمة للجانبين ، وإما بالرضا في عقود التبرع ، ويستخلص من ذلك أن السبب لا ضرورة له . وتغني عنه أركان الالتزام الأخرى . ثم هاجم النظرية بعد ذلك لوران (Laurent) (٢) وكورنيل (Cornil) (٣) ، وهما أيضاً قتيبان بلجيكيان . وتابعهما عدد من الفقهاء الفرنسيين ، هاجموا النظرية مهاجمة عنيفة في رسائلهم (٤) .

ولسكن الحملة على نظرية السبب لغت النظر بنوع خاص عندما انحاز بلانيول إلى خصوم السبب (٥) ، ورد الأستاذان بودرى وبارد صدى هذه الحملة (٦) . وكذلك فعل دابان (Dabin) (٧) ووالتون (٨) . ونقف عند نقد بلانيول لنظرية السبب التقليدية ، ففيه خلاصة واضحة للحملات التي قام بها خصوم السبب ، وكان هو المعول الفعال في هدمها .

٢٧٢ - نقر بلانيول لنظرية السبب التقليدية : يقول بلانيول إن نظرية السبب التقليدية نظرية غير صحيحة ، ثم هي غير ذات فائدة .

(١) سنة ١٨٢٦ ص ٢٥٠ - ص ٢٦٤ .

(٢) جزء ١٦ فقرة ١١١ .

(٣) في رسالة عنوانها : « بمناسبة تنقيح القانون المدني ، السبب في العقود » بروكل سنة ١٨٩٠ :

« A propos de la révision du Code Civil — De la Cause dans les conventions » . Bruxelles 1890.

(٤) انظر منهم أرتير (Artur) في السبب في القانون الروماني والقانون الفرنسي باريس سنة ١٨٧٨ — تامبال (Timbal) في السبب في العقود والالتزامات تولوز سنة ١٨٨٢ — سيربادس (Séferiades) بحث انتقادي في نظرية السبب باريس سنة ١٨٩٧ — أنظر أيضاً هيك الحزآن السادس والباقي .

(٥) الجزء الثاني فقرة ١٠٣٧ — فقرة ١٠٣٩ .

(٦) الجزء الأول فقرة ٣٢١ — فقرة ٣٢٧ .

(٧) « نظرية السبب » بروكل سنة ١٩١٩ .

(٨) وينول الأستاذ والتون إن نظرية السبب التقليدية ماثرة للنقد الشديد ، ويتوقع أن الفنين المدني عند تنقيحه يستبعد فكرة السبب كركن في الالتزام ، ويسير في ذلك على نهج تنقيح الألمان والبريسري (والتون ١ ص ٥٩ — ص ٦٠) .

أما أنها غير صحيحة ، فذلك يظهر إذا استعرضنا السبب في فروضه الثلاثة :
العقد الملزم للجانبين والعقد العيني وعقد التبرع . ففي العقد الملزم للجانبين لا يجوز القول . كما تزعم النظرية التقليدية ، إن سبب أحد الالتزامين المتقابلين هو الالتزام الآخر ، فإن في هذا استحالة منطقية ، ذلك أن الالتزامين يولدان في وقت واحد من مصدر واحد هو العقد . فلا يمكن أن يكون أحدهما سبباً للآخر . لأن السبب يتقدم المسبب ، وهما قد نشأ معاً كما رأينا . وفي العقد العيني يقولون إن سبب الالتزام هو تسليم العين ، ولكن التسليم ليس إلا المصدر الذي كون العقد فأنشأ الالتزام ، فيختلط هنا السبب بالمصدر ويصبحان شيئاً واحداً . وفي عقد التبرع يقولون إن سبب الالتزام هو نية التبرع . وهذا قول خال من المعنى ، وإلا فأية قيمة لنية التبرع في ذاتها إذا لم تقرر بالعوامل التي دفعت إليها !

وأما أن النظرية غير ذات فائدة . فلأننا نستطيع الاستغناء عنها بشيء آخر . ففي العقود الملزمة لجانبين يكفي أن نقول إن الالتزامين المتقابلين مرتبطان أحدهما بالآخر بحيث يتوقف مصير كل منهما على مصير الثاني ، وتعني فكرة الارتباط في هذه العقود عن فكرة السبب . وفي العقود العينية وعقود التبرع انعدام السبب بالمعنى المفهوم من النظرية التقليدية هو انعدام التسليم في العقد العيني وانعدام نية التبرع في الحبة . وهذا معناه انعدام العقد ذاته . فنسنا إذن في حاجة إلى تعليل عدم قيام الالتزام بانعدام السبب ما دام العقد ذاته غير موجود .

ب - أنصار السبب

٢٧٣ - الدفاع عن فكرة السبب : أما أنصار السبب فكثيرون .

منهم من يدافع عن النظرية التقليدية بعد تحويرها ، وعلى رأس هؤلاء كاپيتان في كتابه المعروف « السبب في الالتزامات » (١) . ومنهم من يدافع عن فكرة السبب في ذاتها ، ولكنه يهجر في الدفاع عنها النظرية التقليدية

(١) أنظر أيضاً علماء الفقه التقليدي كأوبري ورو وديمولومب وبيدان وبفوار . وانظر بريسي في رسالة من بوردو سنة ١٨٧٩ ، وكولان في رسالة من باريس سنة ١٨٩٥ وبوتسكو في السبب سنة ١٩٢٣ .

إلى النظرية الحديثة التي وضع القضاء أسسها على ما سنرى .
ونبسط هنا دفاع كاييتان عن النظرية التقليدية ، ثم نشير في إيجاز إلى بعض الفقهاء الذين هجروا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة .

٢٧٤ - دفاع كاييتان عن نظرية السبب التقليدية : يمكن القول أن

كاييتان هو عميد أنصار النظرية التقليدية للسبب . ولكنه وهو في صدد الدفاع عنها قد حورها تحويراً جوهرياً في بعض نواحيها .

فعند كاييتان أن السبب في العقد الملزم للجانبين ليس هو الالتزام المقابل ذاته ، بل هو تنفيذ هذا الالتزام (١) . ويقول ، رداً على ما أخذه بلاميول على النظرية التقليدية من أن الالتزام الواحد لا يمكن أن يكون سبباً ومسبباً ، إن تنفيذ الالتزام هو السبب فلا يجوز الاعتراض بعد ذلك بأن الالتزام هو السبب والمسبب . ثم يضيف إلى ذلك أنه حتى لو فرض طبقاً للنظرية التقليدية أن سبب الالتزام هو الالتزام المقابل ذاته . فلا يصح أن يقال مع ذلك إن الشيء الواحد يعتبر سبباً ومسبباً ، إلا إذا فهم السبب بمعنى « السبب الإنشائي » ، فعند ذلك يستحيل منطقياً أن يكون الشيء منشئاً لشيء آخر وناشئاً عنه في آن واحد . ولكن السبب هنا معناه « السبب القصدى » أى الغرض المباشر الذى قصد إليه الملتزم من وراء التزامه . ويسهل مع هذا المعنى أن نفهم أن الغرض الذى قصد إليه أحد المتعاقدين من وراء التزامه هو التزام المتعاقد الآخر بالذات ، فكل من المتعاقدين قد التزم حتى يلتزم الآخر ، ولا يكون في هذا خروج على المنطق .

أما الالتزام الذى ينشأ من عقد عيى فسيبه هو تسليم الشيء كما تقرر النظرية التقليدية . وهذا صحيح في نظر كاييتان في عقود عينية ثلاثة هى القرض والعارية

(١) وبني كاييتان على أن السبب هو تنفيذ الالتزام لا وجوده ارتباطاً بمصدر كل من الالتزامين المتقابلين بتصور الالتزام الآخر . ويرتب على هذا الارتباط نظريات الصخ والدفع بعدم التنفيذ وتحمل التبعة ، فهذه النظريات جميعاً لا يمكن أن تقوم إلا على أساس أن السبب هو تنفيذ الالتزام لا وجوده .

ويعدد كاييتان السبب في العقد الملزم للجانبين إذا كان احتياطاً بوجود الاحتمال ذاته في العقد (السبب فقرة ١٨ ص ٤٠) ، وفي العقد الملزم للجانبين الذى يتوخى فيه جميع المتعاقدين غرضاً مشتركاً كالحفلات والشركات ، بالمرص المشترك الذى قصد المتعاقدون تحقيقه (السبب فقرة ١٩) .

ورهن الحبازة . فإن هذه العقود إذا كانت عينية من حيث الصياغة . فهي من حيث طبيعتها عقود رضائية ملزمة للجانبين . فالمقرض والمقرض مثلاً يتفقان على القرض . ويتم العقد بالاتفاق . فيلتزم المقرض بتسليم القرض كما يلتزم المقرض برد مثله . ومن هنا نرى أن التسليم . إذا رجعنا إلى طبيعة العقد ، ليس هو حتماً السبب المنشئ للالتزام ، بل هو الغرض الذي يسعى إليه المقرض من وراء التزامه برد الشيء . فلا يخطأ في هذه العقود الثلاثة « السبب الإنشائي » و « السبب القصدى » كما يزعم خصوم نظرية السبب . ولا يبنى من العقود العينية إلا الوديعة . وهنا يسلم كاييتان أن الوديعة بطبيعتها عقد عيني ملزم لجانب واحد إذا كانت بغير أجر ، ويرى أن سبب التزام المودع عنده ليس هو تسليم الشيء ، إذ يختلط بذلك السبب الإنشائي بالسبب القصدى ، بل هو رغبة المودع عنده . وقد قبل أن يحفظ الشيء دون مقابل ، في أن يسدى جميعاً للمودع . أما إذا كانت الوديعة بأجر فقد أصبحت عقداً ملزماً للجانبين ، وصار سبب كل التزام هو تنفيذ الالتزام الآخر (١) .

أما في عقود التبرع ، فسبب الالتزام هونية التبرع ذاتها (animus donandi) كما تقرر النظرية التقليدية . ولا تختلط هذه النية بالرضا كما يقول خصوم السبب . فإن إرادة الواهب يمكن تحليلها إلى عنصرين : العنصر الأول هو إرادته أن يلتزم . وهذا هو الرضاء . والعنصر الثاني هو إرادته أن يكون هذا الالتزام دون مقابل على سبيل التبرع ، وهذا هو السبب يتميز عن الرضاء كما نرى . والدليل على ذلك أن العنصر الأول ، وهو الرضاء بالالتزام ، قد يثبت وجوده دون أن يثبت وجود السبب وهونية التبرع ، كما إذا كتب شخص سنداً بدين في ذمته لآخر ، ثم استطاع أن يثبت أن هذا الدين لا وجود

(١) كاييتان في السبب مقرة ٢٥ - ويتعرض كاييتان العقود الأخرى الملزمة لجانب واحد : فالوكالة بغير أجر سبب الالتزام فيها هو إهداء حبل للموكل كما في الوديعة بغير أجر - والوعد بالتعاقد سبب الالتزام فيه هو إتمام التعاقد النهائي - والالتزام بوفاء دين يختلف السبب فيه ، فهو نارة يكون فكرة التبرع ، وضراً يكون فكرة التعديد ، وثالثة يكون تحويل التزام طبيعي إلى التزام مدني (ويرى كاييتان أن الاعتراف بالالتزام الطبيعي ليس تعديداً له بل هو إنشاء لالتزام مدني السبب فيه هو الالتزام الطبيعي) - والسكفالة سبب التزام السكفيل فيها العلاقة بينه وبين المدين ، وكذلك الإنابة في الوفاء ، وقد يكون هذا السبب تبرعاً ، وقد يكون وده لدين في ذمة السكفيل للمدين أو في ذمة النائب للمنب ، أو قرصاً بطله الأول لشار (كاييتان في السبب مقرة ٢٦ - مقرة ٣٢) .

له ، فإنه يبقى بعد ذلك أن يثبت الدائن نية التبرع في جانب المدين حتى يستوفى منه قيمة السند . فهذا مثل نرى فيه رضا المدين بالالتزام ثابتاً دون أن تكون نية التبرع عنده ثابتة . على أن كايبتان لا يقف عند نية التبرع بل يجاوزها إلى الباعث الدافع فيجعله هو السبب في حالتين : (١) التبرع إذا اقترن بشرط يتبين أنه هو الذي دفع المتبرع إلى تبرعه . كما إذا وهب شخص مالا للجمعية خيرية واشترط على الجمعية أن تنشئ بهذا المال مستشفى أو ملجأ . فإن سبب الهبة في هذه الحالة لا يكون نية التبرع بل هو القيام بالشرط الذي اقترن به التبرع . (٢) الوصية حيث لا توجد إلا إرادة واحدة هي إرادة الموصى ، فلا يجوز الوقوف فيها عند نية التبرع . بل إن الباعث الذي دفع الموصى إلى تبرعه هو الذي يجب اعتباره سبباً للوصية . وفي هاتين الحالتين يسلم كايبتان باختلاط الباعث بالسبب .

ومن ذلك نرى أن كايبتان أدخل تحويراً في النظرية التقليدية ، حيث يجعل الباعث يختلط بالسبب في الحالتين المتقدمتين . وحيث يحدد السبب في العقد الملزم للجائين بأنه هو تنفيذ الالتزام لا وجوده ، وحيث يحدد السبب في عقد الوديعة غير المأجورة بأنه نية التبرع عند حافظ الوديعة . ولكنه مع ذلك يحتفظ بجوهر النظرية التقليدية ، فيستبقى التمييز بين السبب والباعث ولا يختلط بينهما إلا في فروض نادرة (١) ، ويجعل المعيار في تحديد السبب موضوعياً لا ذاتياً . فيكون السبب عنده شيئاً داخلياً في العقد لا منفصلاً عنه . وهو واحد لا يتغير في أي نوع من العقود .

٢٧٥ - أنصار السبب الذين همجروا النظرية التقليدية إلى النظرية

المحدثة : وإلى جانب كايبتان قام فقهاء يدفعون عن فكرة السبب . ويتنادون بوجود الاحتفاظ بها . ويخالفون بذلك بلايول وغيره من خصوم السبب

(١) إلى جانب الحالتين اللتين رأينا كايبتان يختلط فيهما الباعث بالسبب توجد حالة ثالثة يستند فيها كايبتان بالباعث أيضاً ، وذلك إذا أدخل التعاقدان الباعث في دائرة التعاقب (champ contractuel) . وأصبح جزءاً من العقد متفقاً عليه . وانفصل كايبتان في هذا عن النظرية الحديثة . فعنده لا يكفي للاعتداد بالباعث أن يكون معروفاً من المتعاقدين كما يقول النظرية الحديثة . بل يجب أن يكون متفقاً عليه بينهما (كايبتان في السبب ص ٢٤٤) .

الذين يقولون بوجود حذف هذه الفكرة من القانون .

ولكن هؤلاء الفقهاء الذين ينتصرون للسبب : ومن أبرزهم جوسران وريبير ودينوج وبنكاز . لا يدافعون عن السبب كما هو مبسوط في النظرية التقليدية . بل يتوسعون فيه ويخلصونه بالباعث . ويهجرون النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة التي وضع أساسها القضاء الفرنسي . والتي نتولى الآن بسطها .

المطلب الثاني

النظرية الحديثة في السبب

٢٧٦ - **وموجب التوسع في تحديد السبب :** لم يرض القضاء ، وهو الذي يواجه الحياة العملية . عن النظرية التقليدية في السبب . فهي نظرية ضيقة عتيقة لا غناء فيها . وسار في طريق غير طريق الفقه التقليدي . وتوسع في تحديد السبب ، فجعله هو الباعث الدافع إلى التعاقد . وقد عاد القضاء بذلك عن غير قصد إلى نظرية السبب عند الكنديين . لأنها هي النظرية التي تنبع في العمل . وما لبث الفقه الحديث أن انضم إلى القضاء في نظريته الجديدة ، إذ أدرك مدى ما فيها من خصوصية ومرونة . ولم يكن بد من أن تقرن الإرادة بالباعث الذي يحرّكها . وهذا هو التصرف المسبب وهو لأصل والقاعدة - أو أن تتجرد عن هذا الباعث . وهذا هو التصرف المجرد ولا يرد إلا على سبيل الاستثناء .

فنحن نتكلم إذن في مسائل ثلاث : (١) استبعاد النظرية التقليدية . (٢) الأخذ بالنظرية الحديثة وهي تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد . (٣) التصرف المجرد (acte abstrait) .

§ ١ - استبعاد النظرية التقليدية

٢٧٧ - **السبب الجوهرى في النظرية التفليزية :** رأينا أن الصياغة الرومانية الشككية هي التي ساهمت كثيراً في تكييف نظرية السبب التي نقلها دوما

عن الفقهاء المدنيين فأصبحت هي النظرية التقليدية . والعيب الجوهرى فى هذه النظرية ليس فى أنها غير صحيحة . فهى ، حتى لو كانت صحيحة ، عقيمة على كل حال . وهى لا تضيف شيئاً إلى الثروة القانونية ، إذ هى تحدد السبب فى أنواع العقود المختلفة تحديداً آلياً . وتتطلب فيه شروطاً ثلاثة . ونستعرض هذه الشروط مطبقة على السبب فى صورته المختلفة ، لنثبت أن السبب بهذا المعنى التقليدى الضيق يركز الاستغناء عنه دون عناء .

٢٧٨ - كيف نستغنى عن السبب الموهود : تخرص النظرية التقليدية

على أن تشترط وجود السبب ، وتستخلص من ذلك أن السبب إذا لم يكن موجوداً فإن الالتزام لا يقوم . وتأتى لذلك بمثلين : مثل من أكره على إمضاء التزام ليس له سبب ، ومثل من أمضى سند مجاملة عن بينة واختيار .

فإذا أكره شخص على إمضاء سند لسبب لا وجود له ، كقرض لم يتم ، فإن العقد يكون باطلاً . ولا يكفي هنا استظهار الإكراه ، فإنه يقتصر على جعل العقد قابلاً للإبطال بينما العقد باطل كما قدمنا . ولكن على أى أساس يقوم بطلان العقد ؟ تقول النظرية التقليدية إن الأساس هو انعدام السبب ، إذ الالتزام بالمديونية سببه القرض والقرض لم يتم . على أنه من اليسير أن نصل إلى النتيجة ذاتها عن طريق غير طريق السبب . ذلك أننا إذا اعتبرنا السند تصرفاً صادراً عن إرادة منفردة ، فهو التزام بدفع مبلغ واجب بعقد القرض ، ولما كان هذا المبلغ لا وجود له لأن القرض لم يتم . فحل الالتزام معدوم ، ويسقط الالتزام لا لانعدام السبب بل لانعدام المحل . وإذا اعتبرنا السند هو عقد القرض ذاته . فالالتزام المقرض لا يقوم هنا أيضاً لأنه لم يتسلم مبلغ القرض ، ولا بد من أن يتسلم المقرض مبلغ القرض حتى يلتزم برده . إما لأن القرض عقد عيني لم يتم بالتسليم ، وإما لأن القرض عقد رضائي (وفقاً للقانون الجديد) لم يتم فيه المقرض بتنفيذ التزامه (١) . وفى الحالين يسقط التزام من أمضى

(١) ويعتبر القرض فى هذه الحالة عقداً ملزماً للجانبين ، يلتزم به المقرض أن يسلم للمقرض مبلغ القرض ، ويلتزم به المقرض أن يرد هذا المبلغ المقرض . فهناك ارتباط ظاهر بين الالتزامين ، وسنرى أن فكرة الارتباط فى العقود الملزمة للجانبين تنفى عن فكرة السبب . فإذا لم ينفذ المقرض التزامه ، سقط التزام المقرض لما يوجد من ارتباط بين الالتزامين .

السند ، لا لانعدام السبب ، بل لعدم انعقاد القرض أو لعدم تنفيذ الالتزام المقابل .

أما إذا أمضى شخص سند مجاملة لدائن صوري ، فإن قواعد الصورية هنا تكن وتغني عن نظرية السبب . فالسند صوري . والدين لا وجود له فيما بين الطرفين . أما بالنسبة إلى الغير (حامل السند) فيؤخذ بالعقد الظاهر . على أننا إذا تركنا هذه الأمثلة التفصيلية جانباً ، واستعرضنا طوائف العقود المختلفة ، زدنا يقيناً أن السبب بالمعنى التقليدي يسهل الاستغناء عنه .

فالالتزام في العقد الملزم للجانبين سببه ، كما تقول النظرية التقليدية ، الالتزام المقابل . ولكن ما أيسر علينا أن نستبدل بفكرة السبب هذه فكرة الارتباط التي قال بها پلانيول . بل لعل فكرة الارتباط من الناحية الفنية أدق من فكرة السبب . ذلك أن انعدام السبب جزؤه البطلان كما هو معروف ، فإذا انعدم السبب عند تكوين العقد أو بعد تكوينه كان من الواجب أن يكون الجزء واحداً في الحالتين . ولكننا نرى أن العقد يبطل في الحالة الأولى ويفسخ في الحالة الثانية ، وفي هذا التفريق عيب فني واضح . أما فكرة الارتباط فأكثر مرونة من فكرة السبب . وهي تسمح بأن نقول بالبطلان إذا انعدم أحد الالتزامين المتقابلين عند تكوين العقد ، إذ منطلق الارتباط يقضى بأن العقد لا يوجد . وتسمح فكرة الارتباط في الوقت ذاته أن نقول إن العقد ينقضى بعد وجوده - أي يفسخ - إذا انقطع أحد الالتزامين المتقابلين بعد أن وجد .

أما في العقود العينية وفي التبرعات فالنظرية التقليدية أقل تماسكاً . إذ تقول هذه النظرية إن العقد العيني سببه التسليم ، فإذا لم يتم التسليم لم يقم الالتزام لانعدام سببه . ومن السهل هنا أن يقال إن الالتزام لا يقوم ، لا لانعدام السبب ، بل لعدم انعقاد العقد العيني . وتقول النظرية التقليدية إن السبب في التبرعات هو نية التبرع ، فإذا لم تكن هذه النية موجودة لم يقم التزام المتبرع لانعدام السبب . ولكن متى ثبت أن المتبرع قد رضى أن يتبرع ، فرضاؤه يتضمن حتماً نية التبرع . فإذا تبين أن هذه النية منعدمة ، فذلك لا يكون إلا لأن الرضاء بالتبرع منعدم ، وتكون الهبة باطلة في هذه الحالة لانعدام الرضاء لا لانعدام السبب .

٢٧٩ - كيف نستغنى عن السبب الصحيح : ومن السهل أيضاً أن

نستغنى عن السبب الصحيح كما استغنيانا عن السبب الموجود . والسبب غير الصحيح : كما رأينا : إما سبب موهوم أو سبب صوري .

وإذا استعرضنا أمثلة السبب الموهوم ، وجدنا أنه يمكن الاستغناء فيها جميعاً عن نظرية السبب بنظرية المحل . فالشخص غير الوارث الذي يتخارج مع وارث يتعامل في حق معدوم . وهذا هو حال دائن التركة الذي يحصل على إقرار بالدين بعد أن استوفاه ، وحال الموصى له الذي يتعامل في الموصى به إذا كانت الوصية باطلة أو كان الموصى قد عدل عنها ، وحال الدائن الذي يحدد ديناً قديماً بعد أن يستوفيه .

أما السبب الصوري فقد رأينا أنه لا يبطل العقد إلا إذا كان يخفى سبباً موهوماً أو سبباً غير مشروع . وقد فرغنا من السبب الموهوم ، فننتقل الآن إلى السبب غير المشروع .

٢٨٠ - كيف نستغنى عن نظرية السبب المشروع : ومن السهل أن

نستغنى عن السبب المشروع في العقود الملزمة للجانبين بفكرة الارتباط التي قدمناها . فمن يتعهد بارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود لا يقوم بالتزامه لعدم مشروعية المحل . وكذلك لا يقوم الالتزام المقابل لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالالتزام غير مشروع . ومن يتعهد بعدم ارتكاب جريمة في مقابل مبلغ من النقود لا يقوم بالتزامه لاستحالة المحل . إذ هو لا يستطيع إنشاء التزام قد وجد بحكم القانون قبل هذا الإنشاء . وكذلك لا يقوم الالتزام المقابل لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام مستحيل . والوسيط الذي يتعهد بالنجاح في العثور على زوج صالح في مقابل مبلغ من النقود قد تعهد بأمر غير مشروع لا يتفق مع الآداب ، وكذلك لا يقوم الالتزام المقابل لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام غير مشروع .

أما في العقود العينية والتبرعات ، فإن اشتراط مشروعية السبب غير مفهوم . فالسبب في العقود العينية هو التسليم ، ولا يتصور أن يكون سبباً غير مشروع إلا إذا وقع على محل غير مشروع . وعند ذلك لا يتعقد العقد لعدم مشروعية

الحل لالعدم مشروعية السبب . والسبب في التبرعات هو نية التبرع ، وكيف يتصور أن تكون نية التبرع في ذاتها غير مشروعة ! إن وجه الاستحالة في ذلك هو الذى يفسر أن بعض أنصار النظرية التقليدية ، ومنهم كاييتان ، ينجحون إلى اعتبار السبب في التبرعات هو الباعث الدافع إلى التبرع . بل إن القانون الرومانى ذاته يعند بالباعث في الوصايا وبعض الهبات كما أسفنا .

٢٨١ - وجوب استبعاد النظرية التقليدية في أية صورة من صورها:

ويتبين مما قدمناه ، أن النظرية التقليدية في السبب نظرية عقيمة . وهى نظرية يمكن استبعادها دون أية خسارة تلحق القانون ، إذ يسهل تخريج جميع النتائج التى يراد أن تترتب عليها وذلك بالرجوع إلى أساس قانونى آخر لا علاقة له بالسبب .

ويستوى في ذلك أن تكون النظرية التقليدية كما هى على أصلها ، أو أن تكون محورة على النحو الذى يقول به كاييتان . وهناك من الفقهاء من يستبقى النظرية التقليدية ، ويقصرها على السبب في الالتزام ، ويضع إلى جانبها نظرية القضاء ، ويجعلها في العقد لا في الالتزام ، وبذلك تتمكن المقابلة بين السبب في الالتزام والباعث في العقد (١) . فهذه صور ثلاث للنظرية التقليدية .

وفي أية صورة من هذه الصور الثلاث لا نرى للنظرية التقليدية نفعاً يخول لها حتى البقاء ، إذ يمكن الاستغناء عنها كما رأينا أياً كان الثوب الذى تلبسه . وما هى إلا أثر من آثار الصياغة الرومانية القديمة ، وقد زالت مقتضيات هذه الصياغة ، فوجب أن تزول معها . ووجب في الوقت الذى تنبذ فيه النظرية التقليدية ألا تنبذ فكرة السبب في ذاتها ، على أن تكون هى الفكرة الخصبية المنتجة التى تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد ، وهى النظرية التى قال بها القضاء الفرنسى . وننتقل الآن إليها .

(١) أنظر بلانيول وريبير وإسبان ١ فقرة ٢٥٢ ص ٣٥٠ - فيفورتونو في العقدى المشروع الفرنسى الإصطالى وفي القانون المقارن فقرة ١٢٤ ص ٤٣٢ - ٤٣٣ - أنظر أيضاً أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٥ ص ١٠٨ رقم ١ - ديمانت وكوليه دى ساتبير ٥ فقرة ٤٦ .

§ ٢ - الأخذ بالنظرية الحديثة التي تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد

٢٨٢ - السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد : لم تستطع النظرية

التقليدية أن تواجه الحياة العملية ولم يستطع القضاء وهو الذي يعيش في غمار العمل أن ينتفع بها . لذلك لم يلبث القضاء الفرنسي أن خرج عليها خروجاً صريحاً ، فكسر الحواجز التي أقامتها هذه النظرية ما بين السبب والباعث . وخلط بينهما خلطاً تاماً . لا في التبرعات فحسب ، بل فيها وفي سائر العقود . وقد أكسب القضاء نظرية السبب بهذا المنهج مرونة لم تكن لها ، وأصبحت النظرية في يده منتجة نافعة لا غنى عنها (١) .

فالسبب في نظر القضاء هو الباعث الدافع الموجه (mobile impulsif et déterminant) للملتزم أن يلتزم . ومادامت الإرادة قد أصبحت حرة طليقة في أن تنشئ ما تشاء من الالتزامات ، وما دامت الإرادة لا بد لها من باعث يدفعها ، فلا أقل من أن يشترط القانون أن يكون هذا الباعث مشروعاً ، وأن يكون الغرض الذي ترمي الإرادة إلى تحقيقه غرضاً لا يحرمه القانون ولا يتعارض مع النظام العام ولا يتنافى مع الآداب . وبواعث الإرادة كثيرة متنوعة ، منها الدافع وغير الدافع ، ومنها الرئيسي وغير الرئيسي ، فالباعث الدافع الرئيسي هو الذي يعتمد به . ومتى أمكن الكشف عنه وجب الوقوف عنده ، إذ يكون دور السبب . بهذا المنطق الصحيح شق القضاء طريقه إلى النظرية الحديثة (٢) ، وسائر الفقه الحديث القضاء في هذا الطريق (٣) .

وها نحن رجعنا ، بفضل ما عند القضاء من إحساس عملي ، إلى نظرية الفقهاء الكنسيين في السبب . وهي النظرية الحصبة المنتجة التي انحرف عنها دوماً إلى النظرية التقليدية ، فكان هذا الانحراف سبباً في كل ما أحاط نظرية

(١) أنظر في المقابلة ما بين جود النظرية التقليدية ومرونة النظرية الحديثة إلى بنكاز ملحق بودري ٢ فقرة ٥٥٠ وفترة ٦١٣ .

(٢) أنظر في تحليل القضاء إلى دابان في نظرية السبب فقرة ١٥٢ - فقرة ١٦٥ .

(٣) ديموج ٢ فقرة ٧٤٦ ص ٥٤٣ - ليفي أولمان في مذكراته في الالتزامات في الربع الأول من القرن العشرين ص ٣٢٠ و ص ٣٢٨ - ص ٣٣٤ - بنكاز ملحق بودري جزء ٢ فقرة ٦٠٨ و ٦٠٩ و ٦١١ - جوسران ٢ فقرة ١٤٨ .

السبب من اضطراب وما أصابها من عقم طوال القرون الماضية (١).

٢٨٣ - مرونة الباعث وكيف ينضبط : والباعث بالتحديد الذى أسلفناه أكثر مرونة من السبب فى النظرية التقليدية . ويكفى أن نعود إلى خصائص السبب ، نضعها إلى جانب خصائص الباعث ، لئلا نرى التقيض إلى جانب التقيض . فقد قدمنا أن السبب معياره موضوعى وهو داخل فى العقد لا يتغير فى النوع الواحد من العقود ، أما الباعث فمعياره ذاتى وهو خارج عن العقد ويتغير من عقد إلى عقد بتغير المتعاقدين وما يفهمهم من البواعث . وما دام الباعث على هذا القدر من الذاتية والانفصال والتغير ، كان من الواجب أن ينظر كيف ينضبط ، حتى لا يكون مثاراً للترعزع والقلقلة فى التعامل .

ولا يجوز بداهة أن يعتد بالباعث الذى دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد إذا كان هذا الباعث مجهولاً من المتعاقد الآخر ، وإلا استطاع أى متعاقد أن يتخلص من التزاماته بدعوى أن الباعث له على التعاقد - وهو أمر مستكن فى خفايا الضمير - من شأنه أن يجعل العقد باطلاً . فلا بد إذن من صلة وثيقة تربط كلا من المتعاقدين بالباعث ، ولا بد من ضابط يرجع إليه فى ذلك . وقد رأينا مثل هذا فى الغلط .

لما هو هذا الضابط ؟ أيكفى أن يكون الباعث معلوماً من الطرف الآخر ؟ أو يجب أن يكون متفقاً عليه بين المتعاقدين ؟ أو يصح التوسل بين هذين الحدين ، فيشترط أن يكون الطرف الآخر مساهماً فى الباعث الذى دفع

(١) وليست نظرية الباعث خصة بحسب فى نطاق القانون المدنى والقانون الخاص بوجه عام ، بل هى أيضاً خصة فى نطاق القانون العام . فنظرية التصف فى استعمال السلطة فى القانون الإدارى - وهى التى نبى على غرارها نظرية التصف فى استعمال الحق فى القانون المدنى - إنما هى تطبيق لفكرة الباعث . فإذا كان الباعث للموظف الذى صدر منه القرار الإدارى غير مشروع ، كان القرار باطلاً للتصف فى استعمال السلطة .

وكما جاز أن يقال بالتصف فى استعمال السلطة الإدارية تطبيقاً لفكرة الباعث ، ألا يجوز أن يقال بالتصف فى استعمال السلطة التشريعية تطبيقاً لفكرة ذاتها ؟ فلا يكون السبب فى التشريع أن يكون مخالفاً للدستور بحسب ، كما يخالف القرار الإدارى القانون ، بل يجوز أيضاً أن يكون التشريع منطقياً على نصف إذا هو مثلاً من حقوقاً مكتسبة لا ينهى أن تحس ، أو إذا كان تحت ستار أنه قاعدة عامة مجردة لم يتناول فى الواقع إلا حالة فردية ذاتية ؟ هذا أمر نسكتفى بالإشارة إليه ، فليس هناك مكان للبحث فيه .

الطرف الأول إلى التعاقد . دون أن يصل إلى حد الاتفاق معه عليه ، ودون أن يقف عند حد مجرد العلم به ؟

ونأتي بمثل يوضح هذه المراتب المتدرجة . شخص يقترض نقوداً من آخر ليقامر بها . فالمقرض قد يجهل الغرض الذي أخذ المقرض النقود من أجله ، وفي هذه الحالة لا يعتد بالبائع الذي دفع المقرض إلى التعاقد (١) . وقد يكون المقرض صديقاً للمقرض ، عالماً بغرضه ، دون أن يقصد بالإقراض تمكين المقرض من المقامرة . وهذه هي مرتبة العلم . وقد يكون المقرض مرابياً يستثمر ماله في إقراض المقامرين ، فيكون قد قصد إلى تمكين المقرض من المقامرة ، وهذه هي مرتبة المساهمة . وقد يكون المقرض هو الشخص الآخر الذي يقامر المقرض معه . فيفتقان على الترضي للاستمرار في المقامرة . وهذه هي مرتبة الاتفاق . فأية مرتبة من هذه المراتب الثلاث يتطلبها القانون حتى يعتد بالبائع ؟

رأينا كايبتان يقول بوجود الوصول إلى مرتبة الاتفاق . فلا يعتد بالبائع إلا إذا كان متفقاً عليه بين المتعاقدين ، والاتفاق وحده في نظر كايبتان هو الذي يدخل البائع في دائرة التعاقد (dans le champ contractuel) (٢) . ولا شك في أن الفقيه الفرنسي الكبير قد اقرب بهذا القول من النظرية الحديثة في السبب ، ولكن دون أن يدخل في نطاقها ، فإن أحداً من أنصار النظرية الحديثة لا يشترط وجوب الاتفاق على البائع فيما بين المتعاقدين . وإنما هم منقسمون بين مرتبة العلم ومرتبة المساهمة .

أما القضاء الفرنسي فيكتفي بمرتبة العلم ، ويعتد بالبائع الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد ، ما دام المتعاقد الآخر يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا البائع ، كما هي الحال في الغلط . وسنرى بعد قليل تطبيقات مختلفة للقضاء الفرنسي تدور كلها في هذا النطاق .

والفقه يميز بين المعاوضات والتبرعات ، فيطلب في الأولى مرتبة أعلى .

(١) ومع ذلك يعتد بغير البائع حتى إذا انفرد به أحد المتعاقدين ولم يملكه المتعاقد الآخر ، إغراقاً منه في فكرته المأثورة من وجوب إخضاع التعامل لقواعد الآداب (القاعدة الأدبية في الالتزامات فقرة ٣٥ من ٦٥) .

(٢) انظر أيضاً فقرة ٢٧٤ في الخامس — وانظر كايبتان في السبب من ٢٤٤ .

ولكن التفتاء يختلفون في تحديد هذه المرتبة .

فيذهب جوسران إلى أنه يكفي أن يكون الباعث في المعاوضات معلوماً من التعاقد الآخر ، حتى يكون في هذا وقاية للتعامل من أن يتزعزع . أما في التبرعات فإن الإرادة التي نقف عندها هي إرادة المتبرع وحده . فهي الإرادة التي تسيطر على التصرف . سواء في ذلك أن يتم التبرع بتقابل إرادتين كالتبعية أو بإرادة واحدة كالوصية . وهو لذلك يعتد بالباعث الذي دفع المتبرع إلى تبرعه ، سواء كان معلوماً من الطرف الآخر أو كان مجهولاً منه (١) .

ويذهب بواجيزان (Bois-Juzan) إلى وجوب الوصول إلى مرتبة المساهمة في المعاوضات والاكتفاء بمرتبة العلم في التبرعات . ذلك أن المعاوضات تختلف عن التبرعات في أن الأولى بذل فيها كل من المتعاضين شيئاً من عنده ، وإرادة كل منهما تقوم بدور أساسي في تكوين العقد . ومن ثم وجب أن تساهم كل إرادة من هاتين الإرادتين في الباعث الذي دفع إلى التعاقد مساهمة إيجابية ، وأن تتعاون الإرادتان معاً في تحقيق الغرض غير المشروع . أما في التبرعات فإن إرادة المتبرع وحدها هي الأساسية ، إذ المتبرع وحده هو الذي بذل . ومن ثم جاز الاقتصاد على هذه المرتبة السلبية وهي مرتبة العلم . فهي كافية لاستقرار التعامل (٢) .

وإذا كان الذي يعنينا في انضباط معيار الباعث هو استقرار التعامل ، فالقضاء الفرنسي على حق فيما ذهب إليه من الاكتفاء بمرتبة العلم ، سواء كان التصرف تبرعاً أو معاوضة .

٢٨٤ — تطبيقات مقبسة من القضاء الفرنسي : تستعرض للقضاء

الفرنسي بعض تطبيقات للسبب مفهوماً بمعنى الباعث الذي دفع إلى التعاقد ، مرجحين اقتضاء المصري إلى حين الكلام في نظرية السبب في القانون المدني الجديد . ونتبع في هذا الاستعراض التقسيم الثلاثي المعروف للتصرفات إلى عقود

(١) أنظر جوسران في البواعث (Les Mobiles) فقرة ١٥٩ من ٢٠١ وفترة ١٦٠

ص ٢٠٣ .

(٢) أنظر بواجيزان (Bois-Juzan) في السبب في القانون الفرنسي ص ٥٧٣ — ص ٥٨٠ .

ملزمة للجانبين وعقود عينية وتبرعات .

ففي العقود الملزمة للجانبين ، كثيراً ما يبطل القضاء في فرنسا عقوداً يكون الباعث إلى التعاقد فيها غير مشروع ، وإن كان السبب ، بالمعنى الذى تقول به النظرية التقليدية . مشروعاً في هذه العقود . فالبيع أو الإيجار . إذا وقع أى منهما على منزل يريد المشتري أو المستأجر إدارته للعھارة ، وكان البائع أو المؤجر عالماً بقصد المشتري أو المستأجر ، يكون باطلاً طبقاً لأحكام القضاء الفرنسى . وقد أراد بعض الفقهاء التمييز بين فرضين . (١) منزل معد للھارة يباع أو يؤجر بعد إعداده ، فيعتبر متجراً (fonds de commerce) لا مجرد مكان . وفي هذه الحالة يكون البيع أو الإيجار باطلاً لعدم مشروعية السبب وعدم مشروعية المحل معاً . (٢) ومنزل يباع أو يؤجر قبل أن يعد للھارة . باعتبار أنه مكان لا متجر ، ولو كان قصد المشتري أو المستأجر أن يبره للھارة . وفي هذه الحالة لا يكون العقد باطلاً طبقاً للنظرية التقليدية التى تميز بين السبب والباعث (١) . ولكن القضاء الفرنسى لم يأخذ بهذا التمييز ، فهو يبطل العقد في الفرضين ، جاعلاً السبب هو الباعث . جريباً على النظرية التى يأخذ بها (٢) . ويفعل القضاء الفرنسى ذلك أيضاً في الأماكن التى تدار للمقامرة ، فبيع أو إيجار مبنى يراد به أن يكون مكاناً للمقامرة باطل (٣) .

(١) لوران ٢٥ فقرة ٦٥ — بودرى وقال ١ فقرة ١٥٧ .

(٢) أنظر كتاب الإيجار للمؤلف فقرة ١١٣ ص ١٥٧ — وانظر أيضاً كابيتان في السبب فقرة ١١٠ — ومن الأحكام الفرنسية التى قضت بطلان عقد الإيجار إذا كان المستأجر قد قصد إحارة العين المؤجرة للھارة : محكمة ليون الاستئنافية في ١١ يولية سنة ١٨٦٢ سبريه ٦٣ — ٢ — ١٦٥ — محكمة باريس الاستئنافية في ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٩ حازيت دى باليه ١٩٠٠ — ١ — ١٣٢ . وهناك أحكام قضت بطلان عقد الاستخدام في محل يدار للھارة : محكمة النقض الفرنسية في ١١ نوفمبر سنة ١٨٩٠ داللو ٩١ — ١ — ٥٨٤ . وأحكام قضت بطلان عقد بيع معروشات لمحل يدار للھارة : محكمة السين التجارية في أول مايو سنة ١٨٨٨ جازيت دى باليه ٨٨ — ١ — ٧٩٧ . وأحكام قضت بطلان بيع مشروبات اشراها مرشح في الانتخابات تنفذها إلى ساحبين حتى يحلهم على انتخابه وكان بائع المشروبات يعرف قصد المشتري : محكمة تارب (Tarbes) الابتدائية في ١٤ مارس سنة ١٨٩٩ داللو ١٩٠٤ — ٢ — ٢٠١ .

(٣) محكمة بو الاستئنافية في ٢٨ يولية سنة ١٩٠٦ سبريه ١٩٠٧ — ٢ — ٦١ (متجر) — محكمة نيس الابتدائية في ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٩ جازيت دى تربينو ١٩١٠ — ١ — ١١٩ (محدد مكان)

وفي العقود العينية ، يبطل القضاء الفرنسي قرصاً يكون قصد المقرض منه أن يتمكن من المقامرة ويكون المقرض عالماً بهذا القصد ، سواء كان مشتركاً معه في المقامرة أو لم يكن . وسواء كان يفيد من هذه المقامرة أو لم يكن يفيد (١) . ويبطل القرض أيضاً إذا كان الغرض منه أن يتمكن المقرض من الحصول على منزل يديره للعاهرة (٢) . أو أن يستبقى صلات غير شريفة تربطه بخليلة له (٣) . وكالقرض رهن الحيازة (٤) .

أما في التبرعات فقد كان القضاء الفرنسي أشد إمعاناً في جعل الباعث هو السبب . ولم يقف عند نية التبرع ، بل اعتد بالباعث على التبرع ، ونقب عن العوامل النفسية التي دفعت المتبرع إلى التجرد عن ماله دون مقابل ، أكان يريد الخير في ذاته ، أم يريد مصلحة خاصة مشروعة . أم يرى إلى غرض غير مشروع . فإذا تبين أن الباعث الذي دفع إلى التبرع غير شريف أو غير مشروع أبطل التبرع . والتطبيقات على هذا المبدأ كثيرة متنوعة نذكر أهمها : (أولاً) التبرع لولد غير شرعي : يقضى القانون المدني الفرنسي بأن يكون نصيب الولد غير الشرعي في مال أبويه . تبرعاً أو ميراثاً : محصوراً في حدود ضيقة . فإذا زاد التبرع على الحد المفروض كان الإنقاص إلى هذا الحد واجباً .

أما إذا كانت البتوة غير الشرعية ليست ثابتة قانوناً . فالتبرع جائز ولوزاد على الحد ، ما دام لم يثبت أن التبرع قد كان لولد غير شرعي . ولكن القضاء الفرنسي يبطل التبرع إذا ظهر أن الباعث للمتبرع على تبرعه هي علاقة بتوة غير شرعية ، فيجعل الباعث هو السبب . ولا يكتفي بإنقاص التبرع إلى الحد الجائز ، بل يبطله جميعه (٥) . (ثانياً) تبرع الخليل لخليلته : ويبطل القضاء الفرنسي تبرع الخليل لخليلته إذا ثبت أن الباعث على هذا التبرع قد

(١) نقس فرنسي في ٤ يولية سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ١ - ٥٠٠ .

(٢) نقس فرنسي في أول أبريل سنة ١٨٩٥ سيري ٩٦ - ١ - ٢٨٩ .

(٣) نقس فرنسي في ١٧ أبريل سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ١٧٢ .

(٤) أنظر مذكرات الأستاذ لبي أومان في الالتزامات في الربع الأول من القرن العشرين

ص ٣٢٧ .

(٥) نقس فرنسي في ٦ ديسمبر سنة ١٨٧٦ دالوز ٧٧ - ١ - ٤٩٢ - وفي ٢٩

يولية سنة ١٨٨٧ سيري ٨٧ - ١ - ٣٥٨ .

كان لإيجاد هذه العلاقة غير الشريفة أو لاستيقظها أو لإعادتها (١) . أما إذا كان الباعث على التبرع إنما هو تعويض الحليمة عما أصابها من الضرر بسبب هذه المعاشرة غير الشرعية بعد أن انقطعت ، فالباعث يكون مشروعاً والتبرع يكون صحيحاً ، بل هو في الواقع يعتبر وفاء للالتزام طبعى (٢) . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في محل الالتزام المخالف للآداب . (ثالثاً) تبرع الزوج لزوجته حتى يحملها على أن تنفصل عنه انفصالا ودياً : انفصال الزوجة عن زوجها (séparation des corps) في القانون الفرنسي لا يكون إلا بعد اتباع إجراءات خاصة نص عليها هذا القانون ، أو يكون بالطلاق . وفيما عدا هاتين الحالتين فالإتفاق ما بين الزوجين على أن ينفصل أحدهما عن الآخر (séparation de fait) دون اتباع الإجراءات المرسومة لذلك يكون غير مشروع . فإذا تبرع الزوج لزوجته حتى يحملها على الرضاء بهذا الانفصال الودى يكون سبب تبرعه ، أو الباعث عليه ، غير مشروع . ويبطل التبرع (٣) . (رابعاً) التبرع المقرون بشرط : إذا اقترن التبرع بشرط غير مشروع . بطل الشرط ، وبقي التبرع ، وهذا ما تنص عليه المادة ٩٠٠ من القانون المدني الفرنسي . إلا أن القضاء الفرنسي قيد من هذا الحكم بفضل نظريته في السبب . فقد ميز في الشرط الذى يقترن به التبرع بين شرط دافع وشرط غير دافع : فالثانى وحده هو الذى يطبق عليه نص المادة ٩٠٠ ويبطل إذا كان غير مشروع مع بقاء التبرع قائماً . أما الشرط الدافع إلى التبرع . أى الباعث على هذا التبرع : فقد اعتبره القضاء سبباً للالتزام المتبرع ، ويرتب على ذلك أنه إذا كان غير مشروع ، فإن التبرع جميعه يكون باطلاً ، ولا يقتصر الأمر على بطلان الشرط (٤) .

(١) قس فرنسى فى ٨ يولية سنة ١٩٢٥ سيرة ١٩٢٧ - ١ - ٢٩٤ - وفى يونية سنة ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٧ - ١ - ١١٣ .

(٢) قس فرنسى فى ١١ مارس سنة ١٩١٨ سيرة ١٩١٨ - ١ - ١٧٠ .

(٣) قس فرنسى فى ٢ يناير سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٧ - ١ - ١٣٧ .

(٤) قس فرنسى فى ١٧ يولية سنة ١٨٨٣ سيرة ٨٤ - ١ - ٣٠٥ - رى ٨ مايو سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٢ - ١ - ٢٢٠ - وفى ٢٣ يولية سنة ١٩١٣ دالوز ١٩١٥ - ١ - ٤٩ - وفى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٢ دالوز ١٩٢٢ - ١ - ٢٣٩ .

٣٨ - التصرف المجرد

(L'acte abstrait)

٢٨٥ - التصرف المسبب والتصرف المجرد - مما أن السبب ركن

من أركان الالتزام ، لا يقوم الالتزام إلا به ، على فرق ما بين معنى السبب في النظرية التقليدية ومعناه في النظرية الحديثة . وقد كان القانون الروماني لا يعتد بالسبب ولا بالإرادة ذاتها في العقود الشكلية . ثم انتصر مذهب الرضائية في القرون الوسطى على يد الكنسيين . فأصبحت الإرادة وحدها - مجردة من الشكل - ملزمة . ولكن الإرادة إذا كانت من جهة قد تجردت من الشكل فتحللت من هذا قيد ، فهي من جهة أخرى قد اقترنت بالسبب فاستبدلت قيد السبب بقيد الشكل .

أما الإرادة مجردة من الشكل ومن السبب معاً فلا يمكن أن يسلم بها كتقاعدة في قوانين تأخذ بالإرادة الباطنة كالتوانين اللاتينية . فإن الأخذ بالإرادة الباطنة معناه أن تحوز الإرادة من عيوبها وأن تقرن بسببها . ولكن الأخذ بالإرادة الظاهرة يجعل من اليسر أن تباعد ما بينها وبين الإرادة الباطنة ، فتتجرد الإرادة الظاهرة من عيوب الإرادة الباطنة كما تتجرد من السبب الذي الذي حرك هذه الإرادة . ولا يبقى في مجال التعامل إلا هذه الإرادة الظاهرة المجردة ، وهذا ما يسمى بالتصرف المجرد .

وهناك فائدة كبيرة من تجريد الإرادة الظاهرة على هذا النحو ، إذ بهذا التجريد يصبح التصرف غير قابل للإبطال لا من طريق عيوب الإرادة ولا من طريق عيوب السبب . فالدين في التصرف المجرد يستطيع أن يتسكك بحقه دون أن يستطيع المدين الدفع بإبطال التصرف لعيب في الإرادة أو لعيب في السبب . وكل ما يستطيع المدين هو أن يرجع بدعوى الإثراء على دائته ، فيدفع دعواه إذا لم يكن قد وفى الدين ، أو يسترد ما دفع إذا كان قد وفى . ومن ثم يكون التصرف المجرد أداة قوية من أدوات الائتمان ، تشتد حاجة التعامل إليها كلما اشتدت الحاجة إلى الاستقرار . وإذا كان التعامل يتنازعه عاملان ، عامل احترام الإرادة وعامل الاستقرار ، فإن التصرف المسبب يستجيب للعامل الأول ، ويستجيب التصرف المجرد للعامل الثاني . ومنذ انتكصت

الشكلية في العقود وساد مذهب الرضائية ، انتصر عامل الإرادة على عامل الاستقرار ، ولم يستطع عامل الاستقرار أن يسترد ما فقد إلا بظهور التصرف المجرد ففيه ينتصر على الإرادة كما رأينا . ومن هنا كان تطور العقد من تصرف شكلي إلى تصرف رضائي ، ثم من تصرف رضائي إلى تصرف مجرد ، تطوراً تعاقب فيه عاملاً الاستقرار والإرادة على مراحل متتابعة ، كان الظفر في كل مرحلة منها لأحد العاملين على الآخر . ومن هنا أيضاً كان التصرف المجرد رجوعاً مهذباً إلى التصرف الشكلي ، كلاهما يستجيب لعامل الاستقرار ، ولكن التصرف الشكلي يستجيب إليه في جمعية بدائية ، ويستجيب إليه التصرف المجرد في جمعية متحضرة .

على أن التصرف المجرد - على شدة الحاجة إليه في استقرار التعامل وبخاصة إذا تقدمت التجارة وتشعبت سبلها واحتيج إلى أدوات ائتمان ثابتة - لم يظفر من القوانين اللاتينية ، وهي التي تأخذ بالإرادة الباطنة ، إلا بمكان ضيق محدود . وعلى التقيض من ذلك ظفر التصرف المجرد في القوانين الجرمانية ، وهي التي تأخذ بالإرادة الظاهرة ، بمكان رحب سما فيه إلى مرتبة القاعدة . ولا غرابة في ذلك : فقد بينا أن التصرف المجرد يتمشى مع الإرادة الظاهرة التي تأخذ بها القوانين الجرمانية (١) . ويتعارض مع الإرادة الباطنة التي تأخذ بها القوانين اللاتينية .

ويبقى أن نستعرض حظ التصرف المجرد في كل من القوانين الجرمانية

(١) يفسر الدكتور أبو عافية - في رسالته « التصرف المجرد » القاهرة سنة ١٩٤٧ - التصرف المجرد على أساس الإرادة الظاهرة . وعنده أن التصرف المجرد هو التصرف الذي يصح بغض النظر عن اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة (فقرة ٨٤ من الرسالة المشار إليها) . ويرتب على ذلك أن التصرف المجرد « نظام استثنائي خارج على القواعد العامة ، ولا فرق في ذلك بين القانون الألماني والقانونين المصري والفرنسي » (فقرة ٨٥) . ويرفض أن يكون المعيار في التصرف المجرد هو تجرده عن السبب ، ويذهب إلى أن المعيار هو تجرده عن الإرادة الباطنة ليمتحن إرادة ظاهرة .

ونلاحظ على هذا المذهب أن التصرف المجرد وهو يتجرد عن الإرادة الباطنة يتجرد في الوقت ذاته عن السبب ، وذلك سواء اعتبر السبب عنصراً مستقلاً عن الإرادة الباطنة كما هي الحال في القوانين اللاتينية ، أو اعتبر عنصراً غير مستقل عن الإرادة الباطنة وعد من مقومات هذه الإرادة كما هي الحال في القانون الألماني . فالتصرف المجرد يتميز في جميع الأحوال بتجرده عن السبب . على أن المذهب الذي يقول به الدكتور أبو عافية يضيف شيئاً جديداً ، هو أن التصرف المجرد يتميز لا بتجرده عن السبب محض ، بل أيضاً بتجرده عن الإرادة الباطنة ذاتها .

والقوانين اللاتينية ويدخل القانون المصرى في هذه القوانين الأخيرة .

٢٨٦ - التصرف المجرد في القوانين الجرمانية : لا نجد في التقنيات

الجرمانية نصوصاً تعرض لنظرية السبب عرضاً مباشراً كما تفعل التقنيات اللاتينية . فالتقنين المساوى لا يشير إلى السبب إلا في المادة ٩٠١ ليقدر أن الباعث لا أثر له في صحة عقود المعاوضات إلا إذا جعل منه المتعاقدان شرطاً صريحاً لصحة العقد . والتقنين الألماني لا يعرض للنظرية بنص صريح . وتقنين الالتزامات السويسرى لا يعرض لها إلا في صورة عرضية عندما ينص في المادة ١٧ على أن الاعتراف بالدين صحيح حتى لو لم يذكر سببه . ويعلل ذلك عادة بأن هذه التقنيات تأثرت بالقانون الرومانى ، وهذا القانون كما رأينا لا يفسح مجالاً واسعاً لنظرية السبب إذ أن فكرة السبب فيه فكرة مادية لا تبتين لها نتائج عمالية إلا في نطاق محدود ، وبخاصة في نطاق دعاوى الإثراء . ولكن بالرغم من أن هذه التقنيات لا تنص على نظرية السبب نرى التصرفات فيها نوعين : النوع الأول هو التصرفات المسببة (Kausale Rechtsgeschäfte) وهى أغلب التصرفات المدنية وفيها السبب ركن يجب أن تتوافر فيه شروطه المعروفة فيكون صحيحاً مشروعاً . والنوع الثانى هو التصرفات المجردة (Abstrakte Rechtsgeschäfte) لا يعتد فيها بالسبب ولا بعبوب الإرادة وقد وضعت لها قواعد عامة سيأتى بيانها . فالسبب لا يزال إذن موجوداً في القوانين الجرمانية ، ولكنه سبب بالمعنى المفهوم في النظرية التقليدية يراد به الغرض الموضوعى المباشر من التعاقد تمييزاً له عن الباعث . وبشروط فيه أن يكون صحيحاً مشروعاً وإلا بطل العقد . أما الباعث فلا أثر له في صحة العقد ولو كان هو الذى دفع إلى التعاقد (١) .

(١) أنظر كايتمان في السبب فقرة ٨٣ - فقرة ٨٤ وبنوع خاص ص ١٨١ - ص ١٨٢ . ويستعرض الدكتور أبو عافية في رسالته المشار إليها (فقرة ٤١ وما بعدها) نظرية السبب في القانون الألماني من ناحيتي التصرف المجرد ومبدأ الإثراء بلا سبب . فيبدأ بتحديد ما يسميه الألمان « الإضافة إلى الثروة » (Vermögenszuwendung) ، وهى عبارة عن منفعة مالية أو إثراء يتحقق لصالح شخص بمقتضى عمل إرادى مشروع (تصرف قانونى أو عمل مادى) يصدر من المفقتر . وسبب « الإضافة إلى الثروة » هو عبارة عن الغرض المباشر الذى يرمى إلى تحقيقه المضيف للثروة . ويحدد هذا السبب وفقاً لثقافة الألماني على أساس تقييد ثلاث للسبب موروث عن دعاوى الإثراء في القانون الرومانى ، يكون السبب بمثابة إما الوفاء (causa solvendi) أو =

وإلى جانب التصرفات المسببة توجد التصرفات المجردة ، وقد أفسح لها مجال واسع كما قدمنا . ومضى طائفتان : طائفة عقود انتقال الملكية وطائفة العقود المنشئة للالتزامات .

فالأولى تنتقل بها الملكية - والحق العيني يوجد عام - دون اعتبار للسبب . ذلك أن الملكية في هذه التقنيات لا تنتقل بمجرد نشوء الالتزام بنقلها ، بل لابد من تنفيذ هذا الالتزام بطريق عقد آخر هو عقد انتقال الملكية ، فيذهب المتعاقدان إلى المكتب العقاري ويعلنان اتفاقهما ويسجلان هذا الاتفاق في السجل العقاري (Livre Foncier) . وعقد انتقال الملكية : في القانون الألماني نوع خاص ، عقد مجرد . تنتقل به الملكية سواء كان العقد المنشئ للالتزام بنقلها صحيحاً أو معيباً . وإذا اتضح بعد ذلك أن العقد كان معيباً وأن الملكية انتقلت دون سبب . فليس لمن خرج عنها إلا الرجوع بدعوى شخصية على من تلقاها هي دعوى الإثراء بلا سبب . وبذلك يتوافر لهذا العقد مزية الاستقرار والثبات . فما على الشخص حتى يتثبت أنه يتعامل مع مالك العقار إلا أن يرجع إلى السجل العقاري : فمن كان اسمه مسجلاً فيه كان هو المالك ، ولو كان في ذلك تضحية للمالك الحقيقي - أما التقنين السويسري فلا يحمي الغير الذي اعتمد على السجل العقاري إلا إذا كان حسن النية (م ٩٧٣ من

الادانة (causa credendi) أو التبرع (causa donandi). والإدانة هي التصرف بتقابل ، وهذا المقابل إما أن يكون موضوعه استرداداً أعطاه المضيف أو استرداد قيمته كافي القرض وفي الوكالة ، وإما أن يكون موضوعه شيئاً آخر يحدد بالاتفاق كما في العقود المزمة لاجانبين ولبيع يحصل على دين بالمقابل الترامه بنقل ملكية المبيع . ولا يختلط سبب الإضافة إلى الذمة بالباعث عليها . ويلاحظ الفقيه الألماني فون تور أنه « لا يجب الخلط بين السبب القانوني والأغراض البعيدة التي يرى إليها المضيف ، أي البواعث (Beweggründe) التي تدفعه إلى تنفيذ الترامه أو إلى الحصول على مقابل أو إلى الهبة . فوزاء كل سبب قانوني بواعث تختلف باختلاف لأحوال . ولجهة مثلا قد تم بناء على عطف أو بسبب الرأي العام ، ولكن هذه البواعث لا تدخل في حسابنا كقاعدة عامة لتقدير وجود الإضافة ونتائجها القانونية إلا إذا كانت قد اشترطت في التصرف القانوني » . وسنعود إلى هذه المسألة مرة أخرى عند الكلام في الإثراء بلا سبب وتحديد معنى السبب في الإثراء في القانون الألماني . ويكتفي هنا أن نشير إلى التفارب الواضح بين معنى السبب في النظرية التقليدية ومعنى سبب الإضافة إلى الذمة في الفقه الألماني .

أنظر أيضاً في نظرية مادية للسبب في الفقه الإيطالي ، على أساس أن السبب يرتبط بإرادة القانون لا بإرادة الأفراد وباعتبار أن لكل تصرف وظيفة قانونية بهذه الوظيفة هي السبب ، إلى رسالة المذكور أن غاية انتشار إليها فقرة ٣٦ .

التقنين المدني السويسرى) . ومن ثم نرى أن التجريد يحتمل التدرج . وتأيداً لذلك نسوق مثلاً آخر نأتى به من القانون المصرى . فقد قضت المادة ١٥ من قانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقارى بوجوب تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية أو التأشير بها ، ويترتب على هذا التسجيل أو التأشير أن حق المدعى إذا تقرر بحكم يكون حجة على من ترتب لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما . ويتبين من ذلك أن من يتعامل مع غير المالك فى عقار وهو حسن النية . ويسجل عقده قبل أن يسجل المالك دعوى الاستحقاق : يفضل على المالك وتخلص له ملكية العقار . والقاعدة كما نرى تنطوى على ضرب من التجريد .

والطائفة الأخرى من التصرفات المجردة عقود منشئة للالتزامات . وتشمل : (وُلاً) حالات معينة بذاتها . منصوفاً عليها . وهى - عدا الأوراق التجارية والسندات - حوالة الحق وحوالة الدين والتنازل عن الحق الشخصى والإنابة فى الوفاء . وفى هذه الحالات يكون العقد مجرداً على النحو الذى رأيناه فى عقود انتقال الملكية . فيتم نقل الحق أو الدين ويتحقق التنازل عن الحق الشخصى دون اعتبار للسبب فى هذه الحوالة أو فى هذا التنازل ، فإذا تبين أن السبب غير موجود أو غير مشروع فليس ثمة إلا الرجوع بدعوى الإثراء . كذلك التزام النائب بالنسب لديه بالوفاء التزام مجرد عن السبب . فلا يستطيع النائب أن يحتج على النائب لديه بما كان له أن يحتج به من دفع ضد المنيب (أنظر فى التقنين الألمانى : م ٣٩٨ وم ٤١٣ لحوالة الحق ، وم ٤١٤ وما بعدها لحوالة الدين ، وم ٣٩٧ للتنازل عن الحق الشخصى . وم ٧٨٤ للإنابة فى الوفاء - وأنظر فى تقنين الالتزامات السويسرى : م ١٦٤ وما بعدها لحوالة الحق ، وم ١٧٩ فقرة ثالثة لحوالة الدين . وم ١١٥ للتنازل عن الحق الشخصى . وم ٤٦٨ للإنابة فى الوفاء) . (ثانياً) التعهد المجرد بالوفاء (promesse abstraite de payer) والاعتراف المجرد بالدين (reconnaissance abstraite de dette) ، وهما صورتان العامتان للتصرف المجرد . فنضع التقنيتان الجرمانية هنا قاعدة عامة للتصرف المجرد . وتجزئ أن يتفق الدائن مع مدينه على أن يكون التزام المدين أو اعترافه

بالدين مجرداً . فيوجد الالتزام في ذمته منفصلاً عن السبب ، ويقوم هذا الالتزام حتى لو كان السبب غير موجود أو غير مشروع . وليس للمدين إلا دعوى الإثراء إزاء الدائن إذا تبين أن التزامه لم يكن مبنياً على سبب صحيح ، فيتخلص بذلك من التزام موجود أو يسترد ما دفعه وفاء لهذا الالتزام (١) . واشترطت المادة ٧٨٠ من التقنين الألماني لصحة الالتزام المجرد أن يكون في ورقة مكتوبة ، إلا إذا كان تصفية لحساب أو عن صلح فلا تشترط الكتابة . ولا يشترط تقنين الالتزامات السويسرية الكتابة إطلاقاً (م ١٧) (٢).

٢٨٧ - التصرف المجرد في القوانين المرفوعة وفي القانون المصري :

أما القوانين اللاتينية ، وهي مشبعة بنظرية السبب كما رأينا ، فلا تسلم بالتصرف المجرد . أو هي على الأقل لا تضع له قاعدة عامة كما فعلت التقنينات الجرمانية . وإذا كان هناك نص في كل من القانونين المصري والفرنسي يقضى بقيام الالتزام ولو لم يذكر سببه (م ١٣٧ من القانون المصري الجديد وم ١١٣٢ من القانون الفرنسي) ، ففسرى أن هذا النص لا يعرض إلا لمسألة من مسائل الإثبات ليلقى عبء الإثبات في السبب على عاتق المدين . وهناك فرق بين التزام مسبب ، يلقي على المدين فيه عبء إثبات انعدام السبب ، والالتزام المجرد عن السبب . فالالتزام الأول ، إذا أثبت المدين أنه لا يقوم على سبب مشروع ، يكون العقد فيه باطلاً . أما في الالتزام الثاني : وهو الالتزام المجرد ، فيبقى العقد صحيحاً حتى لو أثبت المدين انعدام السبب أو عدم مشروعيته ، وليس أمام هذا إلا دعوى الإثراء كما سبق القول .

- (١) وقد عبد الطريق أمام التقنين الألماني في إجازة الالتزام المجرد أن المؤتمر التاسع لفقهاء الألمان ، تحت تأثير إلهام الفقه الألماني المرفوع ، أقر هذا الضرب من الالتزام .
- (٢) أنظر في موضوع التصرف المجرد في القوانين الجرمانية كابتان في البب فقرة ٨٥ — فقرة ٨٦ وفقرة ١٦٥ — فقرة ١٧٤ — سالى في الالتزامات في القانون الألماني فقرة ٢٦٠ — فقرة ٢٦٦ — مذكرات الأستاذ ليفى أولان ص ٣٦١ — ص ٣٦٤ — فيفرونو فقرة ١٢٨ — ديموج ١ فقرة ٩١ و ٢ فقرة ٨٤٧ . ويربط ديموج نظرية الالتزام المجرد بنظرية الإرادة الظاهرة كما فعل الدكتور أبو غافية في رسالته المشار إليها ، فاحتمنا تأخذ بالإرادة الظاهرة كما هي فلا شأن لنا بالعناية التي تسعى إليها هذه الإرادة ولا بالباعث الذي حركها (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٦٠) .

فالالتزام في القوانين اللاتينية هو إذن التزام مسبب . على أن هذه القوانين تقر الالتزام المجرد في حالات معينة منصوص عليها بذاتها ، وهي قليلة العدد . وقد نص القانون التجارى - حيث تشتد الحاجة للالتزام المجرد لاستقرار التعامل وسرعته - على عدد منها ، هي الكيالات والسندات تحت الإذن والسندات لحاملها . أما القانون المدنى فقد نص على حالتين : التزام المتاب في الوفاء نحو المتاب لديه والتزام الكفيل نحو الدائن .

ونقتصر هنا على ما ورد في هذا الصدد في القانون المدنى المصرى الجديد . فقد نصت المادة ٣٦١ على أن «يكون التزام المتاب قبل المتاب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المتاب باطلاً أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفع ، ولا يبقى للمتاب إلا حق الرجوع على المتب . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره » (١) . أما في الكفالة فللكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه

(١) أنظر في هذا المسمى محكمة الاستئناف المختطة في ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٨ - وفي ٤ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٠١ - وفي ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩١ - وفارن حكماً لمحكمة الاستئناف المختطة في ٢٥ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦١ قصرت في هذه القاعدة على الإنابة الكاملة دون الإنابة غير الكاملة (وهي التي لا تطوى على تحديد الدين) ، أما القانون الجديد فنصه هو كما رأينا عام مطلق لا يميز بين الإنابة الكاملة والإنابة غير الكاملة . أنظر أيضاً الدكتور أبو عافية في التصرف المجرد فقرة ٦٢ .

ويذهب الدكتور أبو عافية (التصرف المجرد فقرة ٦١) إلى أن المتاب لا يجوز له أيضاً أن يتمسك بالدفع التي تكون للمتب قبل المتاب لديه ، فلو دفع المتب الدين للمتاب لديه فإن هذا لا يمنع المتاب لديه أن يطالب المتاب بالدين الذي التزم به ، ويرجع المتب في هذه الحالة بدعوى الإثراء على المتاب لديه . ونرى ، مع محكمة الاستئناف المختطة (أول ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٧٨) التي اتفقت الدكتور أبو عافية حكماً ، أن المتب إذا دفع الدين للمتاب لديه كان هذا الرجوع في الإنابة يستطيع المتاب أن يتمسك به ، فإذا طالب المتاب لديه بعد ذلك المتاب بالدين ، جاز لهذا أن يدفع المطالبة باقتضاء الدين ، وليس في نص المادة ٣٦١ من القانون الجديد ما يحول دون هذا الدفع . ولكن إذا حول المتاب لديه حقه قبل المتاب إلى أجنبي ، بقي التزام المتاب مجرداً بالنسبة إلى هذا الأجنبي - ذلك أن التصرف المجرد لزادة ظاهرة تجردت عن الإرادة الحقيقية وعن النسب ، وفقاً لما يقضى به القانون نسلطة يتوخاها . فالقانون هو الذي يمسك بزمام التجريد ، فلا يبيعه إلا بضرورة ، وبقدر هذه الضرورة . ومن ثم تدرج التجريد تبعاً للقدر الذي تقتضيه الضرورة . وفي المثال السابق يزول التجريد بالنسبة إلى المتاب لديه لأن الضرورة لا تقتضيه ، ويبقى بالنسبة إلى الأجنبي لأن الضرورة تستوجب بقاءه .

التي يحتاج بها المدعى (٧٨٢ مصرية جديد) ، ولكن التزام الكفيل نحو الدائن التزام مجرد لا يتأثر بالعلاقة ما بين الكفيل والمدعى ، ولا يجوز للكفيل أن يتمسك ضد الدائن بالدفع التي له أن يتمسك بها ضد المدعى . فإذا كفّل الكفيل المدعى في نظير أن يوفى المدعى ديناً آخر عليه مضموناً برهن ينقل عقار الكفيل . ولم يوفى المدعى بهذا الدين الآخر ، فإن التزام الكفيل نحو الدائن يبقى قائماً . ولا يجوز للكفيل أن يدفع دعوى الدائن بأن المدعى لم يوف بما تعهد به من تخايط عقار الكفيل من الرهن (١) .

ويتبين مما قلناه أن القانون المصري قد انحاز انحيازاً تاماً إلى القوانين اللاتينية . وبقي في حظيرتها كما أسلفنا الإشارة . فاشتراط في التصرفات أن تكون مسببة ، ولم يسلم بالتصرف المجرد إلا في حالات معينة بدواتها . (٢)

(١) أظن في هذا لدى محكمة الاستئناف المختصة في ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ س ٤٧٠ - الدكتور أبو عافية في التصرف المجرد فقرة ٥٩ - فقرة ٦٠ .

(٢) وبلاحظ أن التعاريف التي تأخذ بالإرادة الظاهرة يطلب ألا تخرج مجالا واسعا لنظرية السبب ، وتكون فكرة السبب عندها فكرة مادية ، وتقر التصرف المجرد . رأينا ذلك في القوانين الجرمانية ، ويقول الآن كلمة موجزة عن الشريعة الإسلامية وعن القانون الإنجليزي . فالشريعة الإسلامية تأخذ بالإرادة الظاهرة إلى مدى بعيد . ويظهر أن هذا هو الذي منع من تقدم نظرية السبب فيها مع أنها شريعة مشعة بالروح الدينية والحقية كالقانون الكنسي الذي هو المصدر الأول لنظرية السبب الحديثة . وإذا أمكن أن نتخلص من نصوص الفقه الإسلامي نظرية السبب ، فهذه النظرية لا يمكن إلا أن تكون نظرية مادية . ويستطيع الباحث أن يستخلص من نصوص الفقه الإسلامي التمييز ما بين الغرض المباشر الذي قصد المتعاقدان الحصول عليه من العقد وبين الباعث له على التعاقد . فالباعث لا أثر له في صحة العقد (إلا إذا ذكر صراحة وأصبح جزءاً من الاتفاق) (أنظر بحثاً في هذه المسألة في نظرية العقد للزلف فقرة ٥٦٢) .

والقانون الإنجليزي كالشريعة الإسلامية نظرية السبب به نظرية مادية . والعقد عنده إما شكلية وهذه يكفي في صحتها الشكل وحده ، وإما رصائية وهذه لا بد فيه من وجود اعتبار (consideration) وهو ما يقابل السبب بالمعنى المفهوم من النظرية التقليدية ، أي السبب المادي الداخلي الذي لا يتغير . ويختلف « الاعتبار » عن « السبب » في أمرين : (١) الفكرة في الاعتبار ليست هي الغرض الذي حصل عليه المتعقد من وراء التعاقد كما هو الأمر في السبب ، بل هو المبرم الذي عمله الدائن حتى يحصل على التزام المدعى (٢) ية التبرع لا تصحح « اعتباراً » في القانون الإنجليزي وتصلح « سبباً » في النظرية التقليدية . ومن هنا كانت عقود التبرع في القانون الإنجليزي شكلية لمحوها من « الاعتبار » (نظرية المد للزلف فقرة ٥٦١) .

المطلب الثالث

نظرية السبب في القانون المصرى الجديد

٢٨٨ - مسائل تموت: تلقى القانون الجديد النظرية الحديثة في السبب

ميراثاً عن القانون القديم والقضاء المصرى ، فقد كان التفقه والقضاء في مصر ، قبل صدور القانون الجديد ، قد عبد الطريق لنبد النظرية التقليدية الضيقة وتلقى النظرية الحديثة الخصبية . ولكن القانون الجديد خطأ خطوة أخرى إلى الأمام . إذ أرجع السبب سيرته الأولى عندما كان في يد الفقهاء الكنسيين عاملاً لحماية المشروعية قبل أن يكون عاملاً لتحصيل الإرادة من عيوبها . ففصل ما بين منطقة السبب ومنطقة الغلط . واقتصر في شروط السبب على المشروعية دون الصحة . ثم عرض في نص هام لإثبات السبب .

فنحن نستعرض هنا مسائل ثلاثاً : (١) اعتناق القانون الجديد للنظرية الحديثة في السبب . (٢) الفصل ما بين منطقة السبب ومنطقة الغلط في القانون الجديد . (٣) إثبات السبب .

١٨ - اعتناق القانون الجديد للنظرية الحديثة في السبب

٢٨٩ - النصوص القانونية: نص القانون الجديد في المادة ١٣٦

على ما يأتي :

«إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً» (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادتين ١٨٩ و ١٩٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : م ١٨٩ : يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقدون سبب أو لب غير مشروع — م ١٩٠ : يكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب . وفى لجنة المراجعة أدمجت المادتان في مادة واحدة على الوجه الآتى : «إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً» . وأصبح رقم المادة ١٤٠ في المشروع النهائى — ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وكذلك فلتت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وأصبح رقم المادة ١٣٦ . ووافق عليها مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٦ — ص ٢٢٨) .

وكان القانون القديم ينص في المادتين ١٤٨/٩٤ على أنه « يشترط لصحة التعهدات أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً » .

ونلاحظ منذ الآن الفرق ما بين النصين . فنص القانون القديم يشترط في السبب الصحة والمشروعية . أما نص القانون الجديد فلا يشترط إلا المشروعية ، إذ السبب غير الصحيح يدخل في منطقة الغلط كما قدمنا .

ولم يصرح القانون الجديد فيما أورده من نص بالمعنى الذى يقصده من « السبب » . ولكن لا شك في أنه يعتق النظرية الحديثة ، وينبذ النظرية التقليدية . فقد كان هذا هو شأن القانون القديم ، وهو لا يزيد في صراحة التعبير عن القانون الجديد . وكان الفقه والقضاء في مصر يفسران عبارات القانون القديم على معنى النظرية الحديثة لا على معنى النظرية التقليدية . ولم يقطع القانون الجديد صلته بهذه التقاليد ، بل هو قد تأثر بنوع خاص بتقاليد القضاة المصريين والفرنسي . وقد ذكر ذلك صراحة في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ ورد فيها ما يأتى : « لم ينهج المشروع نهج التقنيات الحرفانية بشأن نظرية السبب ، بل اختار على التقيض من ذلك مذهب التقنيات اللاتينية وانتصر معها لهذه النظرية . والواقع أن السبب كما يصوره القضاة الفرنسي والمصري بمعنى الباعث المستحث يدخل في نطاق القانون المدنى عنصراً نفسياً من عناصر الأخلاق يحذف من نزعته المادية ، وهى بعد نزعة يشتد طغيانها في بعض الأحيان » (١) . وجاء في موضع آخر من المذكرة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٥ . وقد أشارت المذكرة الإيضاحية إلى تعديلين استحدثهما القانون الجديد فقالت : « ورغم أن المشروع قد التزم حدود التصوير التقليدى للسبب كما ارتست معالاه في التقنيات اللاتينية ، إلا أنه عرض له تعديلان متفاوتا الأهمية . فبراعى أولاً أنه اقتصر على رد عدم مشروعية السبب إلى تنازعه مع النظام العام أو الآداب دون أن يشير إلى مخالفته لنص من نصوص القانون . وهو بإغفال هذه الإشارة يخالف ما اتبعه القنن الفرنسي وأكثر التقنيات اللاتينية معتداً في ذلك بعين الاعتبارات التى أملت عليه مسلكه فيما يتعلق بعدم مشروعية المحل . والواقع أنه قد يؤخذ على الإشارة إلى مخالفة السبب لنص من نصوص القانون إفراطاً في السعة أو تجردها من الفائدة . فهو يتجاوز حدود المقصود إذا صرفت عبارة « نص القانون » إلى الأحكام التشريعية كافة . وهى تصح عديمة الغناء إذا اقتصر المقصود من هذه العبارة على الأحكام الآمرة التى لا يجوز الخروج عليها بمشئ الأفراد . وبراعى من ناحية أخرى أن المشروع قد أغفل ذكر « السبب الصحيح » ، وهو ما يكون غير مطابق للواقع . وهذا هو أهم التعديلين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٥) .

الإيضاحية ما يأتي : « يقصد بالسبب معناه الحديث كما يتمثله القضاءان المصرى والفرنسى فى العصر الحاضر . فهو بهذه المثابة الباعث المسنح فى التصرفات القانونية عامة لا فرق فى ذلك بين التبرعات والمعاوضات ، (١) .

فالسبب إذن ، فى نظر القانون الجديد ، هو الباعث الدافع إلى التعاقد (cause impulsive) لا مجرد الغرض المباشر المقصود فى العقد (cause finale) . وهو أمر نفسى خارج عن العقد يتغير بتغير البواعث . وكل ما أوردها عن النظرية الحديثة فى السبب ينطبق فى القانون الجديد . ولا بد فى القانون الجديد أيضاً من أن يكون السبب معلوماً من التعاقد الآخر ، فإذا كان الباعث الذى دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد غير مشروع ، ولم يكن التعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث وليس فى استطاعته أن يعلم به ، فعدم المشروعية هنا لا يعتد به ، ويكون العقد صحيحاً . ويقوم لآعلى الإرادة الحقيقية فهى غير مشروعة ، ولكن على الإرادة الظاهرة ، شأنه فى ذلك شأن العقد الذى يقوم على إرادة معيبة بغلط أو تدليس أو إكراه ولا يعلم التعاقد الآخر بالعيب ولا يستطيع أن يعلم به ، وقد مر بنا ذلك (٢) .

وهذه النظرية الحديثة التى أخذ بها القانون الجديد سبقه إليها ، كما قدمنا ، الفقه والقضاء فى مصر . ونعرض الآن لكل منهما .

٢٩٠ - الفقه فى مصر : أخذ بعض الفقهاء فى مصر بالنظرية التقليدية

فى السبب ، ونقلوها عن الفقهاء الفرنسيين كما أوردها فيما تقدم (٣) . ولكن كثرة الفقهاء جاوزوا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة ، وهى نظرية القضاء الفرنسى ، فأثروها على النظرية التقليدية (٤) .

وهناك من الفقهاء من قال بازدواج السبب ، فاستبقى النظرية التقليدية

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٧ .

(٢) وقد يقال أيضاً — كما قيل فى صدد الغلط والتدليس والإكراه — إن العقد يقوم لآعلى التراضى ، بل على سبيل التعويض .

(٣) أنظر الدكتور عبد السلام ذهبى بك فى النظرية العامة فى الالتزامات ص ١٤٥ وما بعدها — الدكتور محمد صالح بك فى أصول التمهيدات ص ٢٦٤ وما بعدها .

(٤) أنظر والتون ١ ص ٦١ — ٦٣ — الدكتور محمد وهبة فى النظرية العامة فى الالتزامات فقرة ٣١٨ — نظرية العقد المؤاخذ فقرة ٥٤٤ — فقرة ٥٤٨ .

وأكملها بالنظرية الحديثة على غرار التقنين اللبناني (١) .
ونحن لا نرى مفتضياً لاستبقاء النظرية التقليدية وتكليفها بالنظرية الحديثة .
وقد رأينا فيما قدمناه أن النظرية التقليدية لا تنفع فيها والاستثناء عنها ميسور .
هذا إلى أن ربط النظريتين إحداهما بالأخرى هو ربط بين نظريتين يختلفان
كل الاختلاف في الزعة وفي الأصل التاريخي . وقد رأينا أن إحداهما تسربت
إلينا عن الفقهاء الرومانيين في القرون الوسطى وهي تحمل أثر الصعلة الرومانية ،
والأخرى تلقيناها عن الفقهاء الكنسيين وقد بنوها على أصول خلقية دينية
وبعدوا بها عن الصياغة الرومانية بعد أن حرروا الإرادة من قيودها الشكلية .
فقيم إذن الربط بين نظريتين متنافرتين كل هذا التنافر ! وما الجدوى في هذا
الربط ، والنظرية التقليدية يمكن الاستثناء عنها ، والنظرية الحديثة فيها وحدها
كل الغناء !

٢٩١ - القضاء في مصر : والقضاء في مصر كان أكثر تمثيلاً من

الفقه مع النظرية الحديثة : فأخذ بها في كثير من أحكامه ، وقد ائتمنى في
ذلك أثر القضاء في فرنسا .

فقضت محكمة الاستئناف الوطنية في دعوى ثبت فيها أن شخصاً أودع عقداً
عند رجل يأتعنه ، فاتفق ابن المودع مع الأمين على أن يسلمه العقد المذكور في

(١) وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إلى طريقة السبب المزدوجة التي
أخذ بها التقنين اللبناني ولم يأخذ بها القانون الجديد ، فقالت في هذا الصدد ما يأتي : « وقرئ
التقنين اللبناني بين سبب الالتزام وسبب العقد (م ١٩٤م) . فسبب الالتزام هو الباعث الذي يدفع
إليه مباشرة . وهو بهذا الوصف يمثل في صورة واحدة في كل ضرب من ضروب الالتزام ،
ويعتبر جزءاً من التعاقد نفسه . فهو في العقود الملزمة للجانبين الالتزام المقابل ، وفي العقود
العينية تلم العقود عليه ، وفي التبرعات نية التبرع ، وفي المعاوضات الملزمة لجانب واحد التزام
مدنى أو ملبى كان قائماً بين المتعاقدين قبل التعاقد (م ١٩٥م) . أما سبب العقد فهو الباعث
الشخصى الذى يدعو المتعاقد إلى إبرامه ، وهو لا يعتبر شقاً من التعاقد ، فهو يختلف باختلاف الأحوال
في العقد الواحد . بيد أن هذه التفرقة ليست في الواقع إلا إبقاء على التمييز بين دلالة السبب في الفقه
التقليدى وبين دلالة الحديثة كما استخلصها القضاء . ولما كان التصور التقليدى ضيق الحدود فقد
روى الإعراض عنه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٧) - أنظر أيضاً جوسران ٢ فقرة ١٤٨ .

ومن يقول بازدواج السبب الدكتور حشمت أبو سنيت بك فقرة ٢٤٢ ، وهو صريح في
هذا المعنى . أنظر أيضاً الدكتور بهجت بدوى بك ص ١٧٣ - ص ١٧٤ .

مقابل أن يكتب له عقداً ببيع سبعة أفدنة - بأن هذا البيع باطل لأن السبب فيه غير مشروع ، وأن الأمين الخائن لا حق له في طلب ملكية العين ولا في الثمن (١) . ويلاحظ في هذه القضية أن البيع إذا كان جدياً دفع المشتري فيه ثمناً ، كان عقداً ملزماً للجانبين اعتبر السبب فيه هو الباعث الدافع . أما إذا كان ، كما هو الغالب ، هبة في صورة بيع ، كان تبرعاً أبطله القضاء لعدم مشروعية الباعث على اعتبار أن الباعث هو السبب - وقضت هذه المحكمة أيضاً أنه إذا كان الباعث لتبرع الخليل لخليلته هو استبقاء العلاقة غير الشريفة بينهما كان العقد باطلاً ، أما إذا كان الباعث هو تعويض الخلية عما أصابها من الضرر بسبب هذه المعاملة غير الشرعية بعد أن انقطعت فالباعث يكون مشروعاً والتبرع يكون صحيحاً (٢) - وقضت محكمة الزقازيق الكلية بأن القضاء قد جرى على اعتبار الباعث في مرتبة واحدة مع السبب المباشر وذلك في حالة ما إذا كان العاقد الآخر يعلم بهذا الباعث ، ويعتبر الباعث في هذه الحالة أمراً ملاحظاً في العقد وأنه بدون له لا يمكن أن يتم العقد (٣) .

على أن النظرية التقليدية في السبب لم تعد لها مكاناً في القضاء الوطني ، وقد تردد صداها في بعض الأحكام . فقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه لا محل للبحث في عقد البيع في الأسباب التي يدعيها البائع كباعث على صدور العقد ، لأن الباعث من الأمور التي لا يلتفت إليها في صحة العقد ، وهو والسبب الصحيح أمران مختلفان لا يصح الخلط بينهما (٤) . وقضت محكمة النقض بأن السبب القانوني في عقد القرض هو دفع المقرض نقداً إلى المقرض ، ومن هذا الدفع بتولد الالتزام برد المقابل ، فإذا انتفى السبب بهذا المعنى بطل العقد (٥) . ويجوز أن يؤول حكم محكمة استئناف مصر بأن الباعث لم يكن معلوماً من الطرف الآخر فلا يعتد به ، وأن يؤول حكم محكمة النقض بأن السبب الذي عتته في حكمها هو السبب المنشئ لعقد القرض .

وقد كان القضاء المختلط أكثر إمعاناً من القضاء الوطني في الأخذ بالنظرية

(١) ٢٤ فبراير سنة ١٩١٥ الصرائع ٢ رقم ٢١٦ ص ٢١٠ .

(٢) ١٣ بونية سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣ ص ٦ - المحفوظ ٢٤ ص ٢٣٠ .

(٣) ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٩ ص ٧٢ .

(٤) ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٧ ص ٢٩٥ .

(٥) ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٧٦ .

الحديثة في السبب . وإذا كانت محكمة الاستئناف المختصة نقضت في حكم قديم لها (١) بأن الإيجار أو القرض لا يكون باطلاً حتى لو كان المستأجر أو المقرض قصد إدارة العين للعھارة أو استعمال المبيع المقرض في إدارة العين للعھارة . وحتى لو كان المؤجر أو المقرض عالماً بذلك ، فقد هجرت بعد ذلك هذه النظرية التقليدية . وأخذت في أحكام كثيرة بالنظرية الحديثة . فقضت بأن بيع أسلحة محرم استيرادها إلى مصر يكون باطلاً لعدم مشروعية السبب متى كان البائع عالماً بهذا التحريم (٢) . وقضت بأن اتفاق البائع والمشتري على الثمن الحقيقي للصفقة ، مع ثبوت محض حتى بالذكر ثمناً صورياً أقل من الثمن الحقيقي . فيتمكن المشتري بذلك من تخفيض رسوم التسجيل بطريق الغش ، يكون اتفاقاً باطلاً لعدم مشروعية السبب . ولا يستطيع المشتري التمسك بالثمن الحقيقي في مواجهة الشئع . كما لا يستطيع البائع التمسك بهذا الثمن في مواجهة المشتري (٣) . وقضت بأن عقد القرض يكون باطلاً إذا قصد المقرض منه أن يتمكن من المقامرة وكان المقرض عالماً بهذا القصد (٤) . لكن إذا ثبت أن المقرض لم يستعمل القرض فعلاً في المقامرة فإن الدليل على القصد غير المشروع لا يقوم ويكون عقد القرض

(١) ٢٢ نوفمبر سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٣ من ١٨ .

(٢) ٢٧ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ من ١٣٦ .

(٣) ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ من ١٧٠ — ومحكمة النفس قضاء في مسألة كهده الصوري . قاله أن يأخذ به دون الثمن الحقيقي ما دامت له مصادرة في ذلك . وعندما أن الشئع لا يعتد من عرف عقد البيع الذي ذكر فيه الثمن الصوري الخفص ، لأن العرف في الصورية هو شخص ثبت له حق على العين على التصرف الصوري دون أن يكون هذا الحق ناشئاً عن التصرف الصوري ذاته . والشئع شخص ثبت له حق على العين المتوقعة ناشئاً عن البيع الصوري فلا يكون «غيره» . وإذا أراد الأخذ بالشفعة وجب أن يدفع الثمن الحقيقي ، قال هذا الثمن عما هو مذكور في العقد أو زاد . وسعرض لهذه المسألة تفصيل أولى عند الكلام في الصورية . أما قضاء محكمة الاستئناف المختلطة الذي أوردناه هنا ، فوجه الاستشهاد به أنه يأخذ بالنظرية الحديثة في السبب . ولكن تأخذ عليه أنه إذا اعتد الاتفاق على الثمن الحقيقي باطلاً لعدم مشروعية السبب ، وجب أيضاً أن يعتد الاتفاق على الثمن الصوري عند وجود لصوريته ، فسقط الاتفاق في الحالين . ولا يستطيع الشئع أن يتمسك بالثمن الصوري ولا بالثمن الحقيقي ، بل هو لا يستطيع الأخذ بالشفعة باطلاً لأن البيع الذي يريد سببه الأخذ بالشفعة غير موجود لعدم الثمن .

(٤) ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ من ١٩٥ — ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ من ٣٩٤ .

صحیحاً (١) . وقضت بأن التوكيل المعطى لسمسار لعقد صفقات بقصد المضاربة فى البورصة عقد باطل لعدم مشروعية السبب (٢) ، ولكن قصد المضاربة يجب أن يكون معلوماً من السمسار وإلا فلا يعتد به (٣) . وقضت محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة بأنه إذا كان الباعث على التبرع استبقاء العلاقة ما بين الخليل وخليته كان العقد باطلاً ، أما إذا كان هو التعويض عما أصاب الخلية من الضرر بسبب المعاشرة فالباعث مشروع والعقد صحيح (٤) . ولم يكن القضاء المختلط يعتبر التبرع لو لم يرد غير شرعى باطلاً ، بل يعتبره وفاء للالتزام طبعى ، ويعطيه حكم الوصية فيجوز فيما لا يزيد عن الثلث (٥) . وإذا كان القضاء المصرى - لا سيما القضاء الوطنى - قد أخذ فى الماضى بالنظرية التقليدية فى بعض أحكامه ، فام يعد بعد صدور القانون الجديد محل للأخذ بهذه النظرية . وأصبح من المتعين الآن الأخذ بالنظرية الحديثة التى اعتنقها القانون الجديد ، على ما تصرح به الأعمال التحضيرية فيما قدمناه .

٢٨ - الفصل ما بين منطقة السبب ومنطقة الغلط فى القانون الجديد

٢٩٢ - إبعاد « السبب غير الصحيح » من دائرة السبب إلى دائرة الغلط :

قدمنا عند الكلام فى نظرية الغلط أن التمييز بين السبب غير الصحيح والغلط فى الباعث كان مفهوماً وقت أن كانت النظرية التقليدية فى كل من الغلط والسبب قائمة . فالنظرية التقليدية فى الغلط كانت تميز بين الغلط فى السبب وهو يجعل العقد باطلاً ، وبين الغلط فى الباعث وهو لا يؤثر فى صحة العقد ، والنظرية التقليدية فى السبب كانت تميز بين السبب أى الغرض المباشر من الالتزام وهو الذى يعتد به ، وبين الباعث وهو عديم الأثر ، ومن ثم كان مفهوماً أن الغلط فى السبب يجعل العقد باطلاً وأن الغلط فى الباعث لا يؤثر فى صحة العقد ، لأن السبب بالمعنى التقليدى ألتصق بالعقد من الباعث

(١) ٢٤ يولية سنة ١٩٣١ جازت ٢٢ رقم ٢٧٩ من ٢٤٩ .

(٢) ١٦ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ من ٢٠٣ .

(٣) ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ من ٥٠ .

(٤) ٨ يولية سنة ١٩١٦ جازت ٦ رقم ٥٣٦ من ١٧٦ .

(٥) محكمة الاستئناف لحدثة فى ١٠ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ من ١٩٠ .

فالغلط فيه أمر خطير من شأنه أن يعدم العقد ، أما الباعث فأمر خارجي عن العقد فلا يعتد بالعنف فيه .

تم تطورت نظرية الغلط . فاستبدلنا بالنظرية التقليدية المصرية الحديثة . وأصبح الغلط في الباعث طبقاً لهذه النظرية الأخيرة يجعل العقد قابلاً للإبطال . وإذا نحن واحدها هذه النظرية الحديثة في الغلط بالنظرية التقليدية في السبب ، بقى الفرق قائماً بين الغلط في السبب بمعناه التقليدي وهو الغرض المأثر من الالتزام وبين الغلط في الباعث ود . أمر خارجي عن العقد . وأمكن تمييز الفرق في الحكم : فالغلط في السبب اللصيق بالعقد يجعل العقد باطلاً ، أما الغلط في الباعث الخارج عن العقد فلا يعمل العقد إلا قابلاً للإبطال .

ولكن لما تطورت نظرية السبب إلى الأخرى واستبدلنا بالنظرية التقليدية النظرية الحديثة . وأصبح السبب هو عين الباعث . لم يعد هناك محل للتمييز بين الغلط في السبب بهذا المعنى الجديد وبين الغلط في الباعث . فكلاهما غلط في الباعث . ووجب إذن أن ندرك أن نظرية الغلط قد اتسعت دائرتها كما اتسعت دائرة نظرية السبب . حتى تدخلت كل دائرة في الأخرى . فأصبحت هناك منطقة مشتركة بين الدائرتين يتعين أن نستخلصها لإحداهما . وإلا وقعنا في الغموض الذي أشرنا إليه عند الكلام في نظرية الغلط . ووقع خلط عجيب ما بين نظريتي السبب والغلط . إذ تبقى هذه المنطقة المشتركة فيما بينهما يتنازعها كل منهما . فإذا سميناها بالسبب غير الصحيح أو السبب المغلوط (cause erronée) كان العقد باطلاً ، وإذا سميناها بالغلط في الباعث (erreur sur le motif) كان العقد قابلاً للإبطال (١) .

لذلك كان لا بد من التأمل فيما صارت إليه الأمور بعد تطور نظرية السبب ونظرية الغلط واستبدال النظرية الحديثة في كل منهما بالنظرية التقليدية . وقد لفت ذلك نظر بعض الفقهاء ، ولكنهم لم يسيروا في ذلك برأى حاسم (٢) .

(١) أنظر آفا فقرة ١٧٣ .

(٢) من ذلك ما ورد في بلانوي وريبير وبولانيه (الطبعة الثالثة ١٩٤٩) ٢٠٥٥ من مداه و٣٠٤ و٨٢٥ (وقد سبقت الإشارة إليها آفاً في حاشية الفقرة ١٧٣ من مداه الكتاب) . من أن الغلط في الباعث هو في الواقع غلط في السبب . والحيزاء في المائلين هو الطلاق الذي لا الطلاق المطلق . وذلك لأن شرط الصحة في السبب يراد به مائة مصلحة فردية ، =

أما القانون الجديد فقد وقف موقفاً صريحاً من هذه المنطقة المشتركة ما بين السبب والغلط . واعتبر أن السبب غير الصحيح (أو السبب المغلوط) هو والغلط في الباعث شيء واحد : كلاهما غلط في الباعث كما قدمنا . وكلاهما يجعل العقد قابلاً للإبطال . وبعد أن كانت المنطقة المشتركة المشار إليها يتنازعها كل من السبب والغلط على النحو الذي بيناه . استخلصها القانون الجديد للغلط . واختفى من نصوص السبب في القانون الجديد النص الخاص بالسبب غير الصحيح . وهذا النظر تبرره اعتبارات منطقية واعتبارات تاريخية .

أما الاعتبارات المنطقية فترجع إلى أنه بعد أن اتسعت فكرة السبب فأصبح السبب هو الباعث ، فإن الغلط فيه لم يعد هو الغلط في السبب الضيق للصيق بالعقد الذي تقول به النظرية التقليدية في السبب . بل صار هو عين الغلط في الباعث الذي تقول به النظرية الحديثة في الغلط . ووجب أن يعطى الغلط في السبب بهذا المعنى الجديد ذات الحكم الذي يعطى للغلط في الباعث ، وهو قابلية العقد للإبطال لا بطلانه . فيتزحزح الغلط في السبب عن دائرة السبب إلى دائرة الغلط . ولا يصبح هناك محل للكلام عن السبب غير الصحيح في نظرية السبب ، فهو لا يزيد على أن يكون غلطاً في الباعث . ومحل الكلام عنه إنما يكون في نظرية الغلط . أما الغلط في السبب بمعناه التقليدي فقد قدمنا أنه غلط يمنع من تكوين العقد لانعدام الرضاء أو لانعدام الخلل . فالكلام

=جزاء الإخلال به البطلان النسبي، أما شرط الشروعية فتزاد به حماية مصلحة عامة، فجزاء الإخلال به البطلان المطلق — أنظر أيضاً في هذا المعنى بلانيل وريبير وإسمان ١ فقرة ٢٦٣ .

ومن ذلك أيضاً ما ذهب إليه الدكتور حلمي بهجت بدوى بك (أصول الالتزامات من ١٧٩ و ١٨٦ و ٢٣٢) من أن الغلط صورة من صور السبب غير الصحيح ، فهو يصوغه على أنه قصور الفرض المباشر الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين عن إجابة الحافز الرئيسي الذي حفزه للمتعاقد ، ويقول إن هذه الصيغة هي بعينها صيغة السبب غير الصحيح ، وهي على هذا الوجه صالحة للتطبيق على جميع أنواع الغلط دون حاجة إلى تقسيم الغلط إلى غلط في الشخص وغلط في الشيء وغلط في غير ذلك ، لأن العبرة ليست بذات الشخص أو بذات الشيء وإنما بالعرض الذاتي أي بالحافز الرئيسي . فإذا ما خلاص له أن حالتي الغلط والتدليس هما بعينهما حالة السبب غير الصحيح ، جعل الجزاء في كل هذه الأحوال البطلان النسبي لا البطلان المطلق . فهو يلحق الغلط بالسبب في ما بينهما ، ثم يلحق السبب بالغلط في جزائه . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آتياً حاشية الفقرة ١٧٣) .

فيه هو أيضاً لا يكون في نظرية السبب (١) .

وأما الاعتبارات التاريخية فترجع إلى تاريخ نظرية السبب . وكيف استخدم الفقهاء الكنسيون هذه الفكرة بعد أن حرروا الإرادة من قيود الشكل على ما قدمنا . فقد رأينا أنهم هم الذين صنعوا نظرية السبب . وجعلوا منها نظرية خصبة منتجة . وقد استخدموها بادية الأمر لحماية مصلحة عامة هي المشروعية . ثم أقحموا بعد ذلك على السبب غرضاً آخر بعيداً عن الغرض الأول . فاستخدموا نظرية السبب لحماية مصلحة خاصة فردية هي تحرير الإرادة من عيب الغلط . فمن وقع في غلط دفعه إلى التعاقد . كمن تعاقد لسبب غير مشروع . يستطيع أن يتمسك بنظرية السبب . وظاهر أن فكرة الغلط دخيلة على نظرية السبب ، فالأولى تحمي مصلحة خاصة للأفراد . أما الأخرى فتحمي مصلحة عامة للجماعة . والأولى رجاء نظرية السبب سيرتها الأولى ، فتتمحض لحماية المصلحة العامة . وينتقل السبب غير الصحيح إلى دائرة الغلط ، ولا يبقى في دائرة السبب إلا السبب غير المشروع . وهذا ما فعله القانون الجديد .

٢٩٣ - لا يبرم السبب في القانون الجديد إلا شرط واحد هو

أنه يكون مشروعاً : ومن ثم لانجد في القانون الجديد عبارة « السبب الصحيح » التي كنا نقرأها في القانون القديم ، فقد اختفت وأخلت باختلافها الميدان للسبب المشروع وحده . وقد رأينا أن المادة ١٣٦ من القانون الجديد تنص على أنه

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى ما يأتي : « ويراعى من ناحية أخرى أن المشروع قد أغفل ذكر « السبب غير الصحيح » ، وهو ما يكون غير مطابق للواقع ، وهذا هو أهم التعديلات . فالمتأن الغلط وهذا الشأن لا يعدو أن يكون غلطاً في الباعث . وقد كان يخلق التباساً إلى ما في الإبقاء على التفرقة بين الغلط والسبب غير الصحيح من حيث بأهذاب الضحايا والفوارق الصناعية ، بعد أن أصابت فكرة الغلط من البعثة ما جعلها تجاوزاً لطاقها المادى الضيق ، ونصحت فكرة تسمية تناول الباعث المتبعث ، وتشبه بذلك إلى صورتها السوية في « الغلط الجوهري » . ولهذا رأى لإخراج « السبب غير الصحيح » أو الغلط في السبب من بين أسباب الإبطال المطلق واعتباره سبباً للإبطال النسبي . شأنه في ذلك شأن سائر صروب الغلط . ولم يتبقى للمشروع من صور السبب غير الصحيح إلا السبب الجوهري . ومع ذلك فقد رد حكمه إلى فكرة المشروعية ، وجعل السبب الخفى مرجع الحكم فيما يرتب العدم من آثار . فإن كان هذا السبب مشروعاً صح العقد . وإن كان غير مشروع بطل العقد لعدم مشروعيته . لا لمشروعيته » (مجموعة الأعمال بالجمعية ٢ ص ٢٢٥ - ص ٢٢٦)

إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا . وكان القانون القديم في المادتين ١٤٨/٩٤ يتطلب لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً .

فلا يشترط إذن في السبب إلا شرط واحد هو أن يكون مشروعاً . ومن أجل المشروعية وحدها قامت نظرية السبب أول ما قامت ، وإليها وحدها عادت في القانون الجديد .

والواقع من الأمر أن السبب . بمعنى الباعث الدافع إلى التعاقد . يجب استبقاؤه . على ألا يستخدم إلا لحماية المشروعية في التعاقد . ذلك أنه هو وحده الذي يستطيع أن يقوم بهذه الحماية في صورة السبب المشروع ، ولا يغني عنه ركن آخر ، لا ركن المحل ولا ركن الرضاء (١) . ولكن عند هذا الحد يجب أن تنفص مهمته . فلا تتجاوز ذلك إلى حاية العاقد ضد الغلط في صورة السبب الصحيح ، فإن نظرية الغلط تغني عندئذ عن نظرية السبب ، بل وتفضلها من حيث الجزاء .

وقد فهم القضاء ، في مصر وفي فرنسا ، وهو يلامس الحياة العملية ، مهمة السبب على هذا الوجه . فتراه يكاد يقتصر على السبب غير المشروع في إبطال العقد . وقل أن تجد تطبيقاً قضائياً لما يدعى بالسبب غير الصحيح إذ هو يختلط في العمل بالغلط . ويكفي للتثبت من ذلك استظهار ما أوردناه من أحكام القضاء المصري والفرنسي في السبب لئراها جميعاً قد عرضت للسبب غير المشروع لا للسبب غير الصحيح (٢) . وهذا إن دل على شيء فهو يدل على أن القضاء قد اتجه اتجاهاً عملياً متجاً في نظرية السبب . وقد قام على هذا

(١) ولا يجوز أن يقال إنه يمكن الاستثناء عن مشروعية السبب ، والافتصاع على اشتراط أن يكون العقد غير مخالف للنظام العام أو الآداب كما فعل التقنين الألماني مثلاً . فإن هذا الاشتراط لا يستقيم إلا إذا قيل إن المقصود به أن يكون غرض العقد غير مخالف للنظام العام أو الآداب . وغرض العقد هو سببه ، والتمييز عن الغرض بالسبب أدق من ناحية الصياغة الفنية .

(٢) أنظر في هذا المعنى بلانول وريبير وبولانيه (الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٩) ٢٠٢٠
٢٨١ ، وقد جاء في هذه الفقرة ما يأتي : « لم يستخدم القضاء كثيراً فكره انعدام السبب والسبب غير الصحيح . فقد كان لديه لهذا الغرض أداة أخرى هي إبطال العقد بالغلط . ولكنه على النقيض من ذلك استخدم إلى مدى بعيد فكرة السبب غير المشروع ، فقد أعطته المادة ١١٣٣ وسيلة من وسائل الصنعة الفنية لترتيب جزاء للقاعدة التي اشتملت عليها المادة السادسة من القانون المدني الفرنسي » .

النحو بمهمته خير قيام . أما الفقه فلا يزال مطلوباً منه أن يقوم بمهمته هو الآخر . فيعين القضاء على شق طريقه ، ويصوغ له نظرية جديدة في السبب تمتشى مع مقتضيات العمل . وقد سبق القانون الجديد الفقه إلى ذلك ، فخطأ بنظرية السبب خطوة جديدة حاسمة في تاريخ تطوره الحديث . فاتسع أفق السبب بعد هذا الضيق الذي كان ملحوظاً في النظرية التقليدية ، وخلص من الشوائب التي كانت تعتريه من جراء اختلاطه بنظرية غريبة عنه هي نظرية الغلط .

٢٩٤ - ماؤهاده على القانون الجديد : على أن هناك مأخذين على القانون الجديد . تجمعافى العبارة التى صدرت بها المادة ١٣٦ . فقد جاء فى صدر هذه المادة : « إذا لم يكن للالتزام سبب » . فالسبب قد نسب إلى الالتزام ، وكان الأولى أن ينسب إلى العقد إذ هو متلازم مع الإرادة كما رأينا . ثم افترض النص احتمال أن يكون هناك التزام دون سبب ، وهذا احتمال لا يتصور ، فما دمتا نجعل السبب هو الباعث ، فكل إرادة لا بد أن يكون لها باعث إلا إذا صدرت من غير ذى تمييز (١) .

والعبارة التى ننتقدها ألتق بالنظرية التقليدية ، فى هذه النظرية ينسب السبب إلى الالتزام ويتصور أن يكون غير موجود . ولكن لا يجوز أن يفهم من ذلك أن القانون الجديد قد استبقى النظرية التقليدية ، فإن الأعمال التحضيرية صريحة فى أنه قد نبذها واعتنق النظرية الحديثة (٢) .

§ ٣ - إثبات السبب

٢٩٥ - النصومى القانونى : نصت المادة ١٣٧ من القانون الجديد على ما يأتى :

١ - كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك .

(١) وكان من المير أن نضاع المادة ١٣٦ على الوجه الآتى : « إذا أتم التعاقد لسبب مشروع ، كان العقد باطلاً » .
(٢) نازر الدكتور أبو غابة فى النصرف المحرد فقرة ٥٤ من ١٩٩ هامس رقم ٥ .

٢٥ - ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك . فإذا قام الدليل على صورية السبب ، فعلى من يدعى أن الالتزام سبباً آخر مشروغاً أن يثبت ما يدعيه « (١) » .
وهذا النص لا مقابل له في القانون القديم . ولكنه يقرر أحكاماً غير مستحدثة . فقد كان القضاء المصري يطبقها من قبل . ولم يفعل القانون الجديد إلا أن قلبها لما لها من أهمية عملية .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى :
« أما فيما يتعلق بإثبات السبب فتتمه قاعدتان أساسيتان : (أولاهما) افتراض توافر السبب المشروع في الالتزام ولو أغفل ذكره في العقد إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك . ويكون عبء إثبات عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته على عاتق المدين الذى يطعن في العقد . (والثانية) افتراض مطابقة السبب المذكور في العقد للحقيقة إلى أن يتم المدين الدليل على صوريته . فإذا أقيم هذا الدليل وجب على الدائن أن يثبت توافر الالتزام على سبب حقيقى تلحق به صفة المشروعية » (٢) .

ويتبين مما تقدم أن هناك فرضين : (الأول) أن يكون السبب غير مذكور

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٩٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

١ - يقتصر على كل التزام أن له سبباً مشروعاً . ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك . ٢ - ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك . ٣ - فإذا قام الدليل على صورية السبب أو على عدم مشروعيته فعلى من يدعى أن الالتزام سبباً آخر مشروغاً أن يثبت ما يدعيه . وقد اقترح في لجنة المراجعة إدماج الفترتين الثانية والثالثة في فقرة واحدة وحذف عبارة « أو على عدم مشروعيته » من الفقرة الثالثة لأنها تنس على حاله من حالات صورية السبب ، واقترح أحد الأعضاء إدخال تعديل لفظى على الفقرة الأولى . فوافقت اللجنة على هذه الاقتراحات ، وأصبح نص المادة النهائية (م ١٥١) مطابقة للنص الوارد في القانون الجديد . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون الذى يجلس الشيوخ اقترح حذف العبارة الأخيرة من لفظة الثانية وهى : « فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن الالتزام سبباً آخر مشروغاً أن يثبت ما يدعيه » ، لأن هذه العبارة ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة في الإثبات ، ولكن اللجنة انتهت آخر الأمر إلى إقرارها . وأصبح رقم المادة ١٣٧ . ووافق مجلس الشيوخ عليها دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٩ - ص ٢٣٢) .

(٢) محم . عمدة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٧ .

في العقد . (والثاني) أن يكون هناك سبب ذكر في العقد (١) . ونستعرض كلا من القرضين .

٢٩٦ - السبب غير مذكور في العقد : وهذا هو الفرض الوارد في الفقرة الأولى من المادة ١٣٧ . وقد كان المنطق القانوني يقضي بأن الدائن ، وهو المكلف بإثبات الدين ، هو الذي يثبت السبب لأن الدين لا يقوم بدونه . ولكن القانون الجديد وضع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب . على أن القرينة قابلة للإثبات العكس . فإذا ادعى المدين أن للعقد سبباً غير مشروع سمع منه ذلك وكلف هو بإثباته . وله الإثبات بجميع الطرق ، بما في ذلك البينة والقرائن (٢) . وقد كان الفقه (٣) والقضاء (٤) في مصر يأخذان بهذه الأحكام دون نص ، فجاء القانون الجديد مؤيداً لما كنا قدمنا .

(١) سواء ذكر في السند المكتوب الذي يثبت العقد أو ذكر عند التعاقد ذاته . وغني عن البيان أن السبب الذي يذكر في العقد هو الباعث الدافع إلى التعاقد ، وإن كان الباعث قل أن يذكر في العقد . ويبدو أن نص المادة ١٣٧ من القانون الجديد أكثر مسaire للسبب بمعناه في النظرية التقليدية ، لا سيما عندما نتحدث المذكرة الإيضاحية عن عبء لاثبات عدم وجود السبب . ولكن لا شيء يمنع من أن يذكر السبب بمعنى الباعث في العقد ، وعندئذ يعتبر هذا السبب المذكور هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على صورة السبب أو على عدم مشروعيته .

(٢) قض مدني في ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ بمجموعة عمر ١ رقم ١٥٩ ص ٢٨٤ - وفي ٢١ يناير سنة ١٩٤٥ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٨٢ ص ٥١٧ - استئناف وطني في ١٨ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨٢ ص ١٦١ - محكمة استئناف مصر في ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٤٩ ص ١٠٥ .

وهناك فرق بين عقد غير مذكور سببه وعقد مجرد : الأول إذا أثبت المدين أن له سبباً غير مشروع يكون باطلاً كما رأينا ، أما الثاني فلا يطل ولكن يدفع بدعوى الإنشاء بلا سبب فيخلص منه المدين إذا كان لم يوفه أو يسترده إذا كان قد وفاه . وقد تقدم ذكر ذلك في التصرف المجرد .

(٣) دي هانتس ٣ ص ١١٧ فقرة ١٤ - هالتون ١ ص ٢٤١ - والتون ١ ص ١٠٢ - عبد السلام ذهني بك فقرة ١٧٣ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٤٩ - الدكتور حلمي بهجت بدوى فقرة ١٠٦ - الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ٢٤٤ .

(٤) استئناف مختلط في ١٠ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٠ - وفي فبراير ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥١ - وفي فبراير سنة ١٩٤٠ م ٤٢ ص ٣٢٤ - وفي ١٣ مايو سنة ١٩٣١ - =

وبالاحظ أنه إذا ادعى المدين أن للعقد سبباً غير مشروع وأثبت ذلك ، فعليه أيضاً أن يثبت علم الدائن بهذا السبب . وله إثبات هذا العلم بجميع الطرق لأنه واقعة مادية . ويستوى في ذلك ألا يكون السبب مذكوراً في العقد أو أن يكون قد ذكر سبب صوري وثبت أن السبب الحقيقي غير مشروع كما سيأتي .

٢٩٧ - السبب المذكور في العقد : وهذا هو الفرض الوارد في الفقرة الثانية من المادة ١٣٧ . وقد وضع النص هنا أيضاً قرينة قانونية على أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي الذي رضى المدين أن يلتزم من أجله . والقرينة قابلة لإثبات العكس . فإذا ادعى المدين أن السبب المذكور في العقد ليس هو السبب الحقيقي ، بل هو سبب صوري يستر سبباً غير مشروع ، فله أن يتخذ أحد موقفين : (١) إما أن يقتصر على إثبات الصورية . وفي هذه الحالة ينتقل عبء إثبات السبب الحقيقي ومشروعيته إلى الدائن (١) . (٢) وإما أن يثبت رأساً أن السبب الحقيقي للعقد غير مشروع .

فإذا أراد أن يثبت صورية السبب . وكانت قيمة التزامه تزيد على عشرة جنيهات . وجب أن يثبت ذلك بالكتابة أو بما يقوم مقامها (٢) . ويكون الأمر كذلك أيضاً حتى لو لم تزد قيمة الالتزام على عشرة جنيهات إذا كان = م ٤٣ س ٣٩٠ - وفي أول أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ س ١١٦ - وفي ١٩ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ س ١٨٣ .

(١) ومن ذلك نرى أن السبب إذا لم يذكر في العقد فهو مفروض ، وعلى المدين إثبات العكس . أما إذا ذكر وأثبت المدين صوريته فإن عبء إثبات السبب الحقيقي ينتقل إلى الدائن (نقض مدني في ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٧ س ١٣٨ - وفي ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٥ س ٤٦٩) . وانظر في أحكام القضاء المصري في هذه المسألة نظرية الدنف للدولف س ٥٧٩ هامش رقم ٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أقر الدائن بعدم صحة السبب الوارد في سند الدين وذكر سبباً آخر مشروعاً على أنه السبب الحقيقي ، كان لإقراره هذا غير قابل للتجزيئة ، وكان الالتزام قائماً وصحيحاً ما لم يثبت المدين أن هذا السبب الأخير غير صحيح (١٥ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٢ س ١٥٠ - وفي هذا المعنى استئناف مختلط في ٢٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ س ٢٠٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن عقد القرض يجوز إثبات صورية سببه بالأوراق الصادرة من التمسك به . فإذا كانت سندات الدين مذكوراً فيها أن قيمتها دفعت هذا ، ثم انضج من الرسائل الصادرة من مدعية الدين إلى مدينها في مناسبات وظروف مختلفة قبل تواريخ السندات =

السبب الصوري مكتوباً ، لأنه لا يجوز إثبات عكس المكتوب إلا بالكتابه .
وإذا أراد المدين أن يثبت رأساً عدم مشروعية السبب ، فله أن يثبت ذلك
بجميع الطرق ومنها البيّنة والقرائن ، حتى لو كان السبب الصوري مكتوباً ،
ومهما بلغت قيمة الالتزام ، لأن إخفاء عدم المشروعية غش . والغش يجوز
إثباته بجميع الطرق (١) .

الفرع الرابع

الجزاء : نظرية البطلان (*)

٢٩٨ - نظرية البطلان في القانون القديم وفي القانون الجديد :

بطلان العقد هو الجزاء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملاً مستوفية

== ونعدها أنها كانت تستجدي المدين وتذكر له إحسانه وترعه لها ، فبهذه الرسائل يجوز اعتبارها
دليلاً كتابياً كافياً في نفي وجود فرض حقيقي (١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم
٦٧ ص ١٣٨ — ويلاحظ أن السبب هنا مقبول بالعلمي المعروف في النظرية التقليدية ، وبقي
عنه ركن التراضي على عقد الفرض ، فيكون عقد الفرض ذاته في هذه القضية هو العقد الصوري ،
ولا محل للسكام في صورية السبب ، إلا إذا اتخذت طبيعة العقد قرينة على سببه ، وهذا ما يقع غالباً) .
(١) استئناف مصر الوطنية في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ١/٣٤ —

وفي ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٢٦ ص ٣٢٤ — وفي ٢٣ يناير
سنة ١٩٣٢ الحاماة ١٢ رقم ٢٤ ص ٦٩ — استئناف مختلط في ٧ يونيو سنة ١٩١٧ م
٢٩ ص ٤٨٩ — وفي ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٣٦ — وفي ٣١ مايو سنة ١٩٢٣ م
٣٥ ص ٤٨٣ — وفي ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٤ — هذا وإذا تبين أن
سبب السند هو الربا الفاحش فلم يدين إثبات ذلك بجميع الطرق ، لأن السبب غير مشروع
(استئناف مصر الوطنية في ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٢٦ ص ٣٢٤ —
استئناف مختلط في ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٣٧ — وفي ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م
١٠ ص ٤٨) . يحى أن مجرد الادعاء بوجود الربا الفاحش لا يكون لتدخيس في إثباته ، إذا
لا يجوز قبول الإثبات بالعلم على ما يغالب المكتوب ، ما تبدل الوضع الناتج في الدعوى على أن
هناك قرائن قوية على وجود الربا الفاحش (استئناف وطني في ٢ أبريل سنة ١٩١٢ المجموعة
الرسمية ١٤ رقم ٨٩ — وفي ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٦٩ —
استئناف مختلط في ٣ ديسمبر ١٩٣٠ جازيت ٢٢ رقم ٣١٠ ص ٢٦٣ — وفي ٤ مارس
سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ رقم ٣٠٧ ص ٢٦٣) . فإذا ثبت أن هناك فوائد ربوية ، فعلى
الدائن أن يثبت كم كان المقدار المقترض ، فإذا لم يثبت ذلك فإن المحكمة قبل اعتراف المدين
(استئناف مختلط في ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ رقم ٣٠٧ ص ٢٦٣ وهو الحكم
الذي سبق الإشارة إليه) .

(٢) بعض المراجع : فبراير ١٩٤٦ وما بعده — سكار (ملحق بودري) ٣ ص ١ =

لشروطها . على النحو الذى بيناه فيما تقدم . ولذلك كان منطقياً أن نتكلم فى بطلان العقد على أثر الفراغ من الكلام فى أركانه .

ولم يكن القانون القديم يفرد مكاناً لنظرية البطلان . بل كنا نجد القواعد العامة فى البطلان تحتويها نصوص متناثرة فى أمكنة متفرقة متباعدة ، كما هو شأن القانون المدنى الفرنسى . أما القانون الجديد فقد عنى بأن يفرد لنظرية البطلان مكاناً خاصاً . جمع فيه النصوص الرئيسية التى ترسم القواعد العامة فى بطلان العقد (م ١٣٨ - ١٤٤) . ونحن نبسط نظرية البطلان فى هدى هذه النصوص (١) .

= وما بعدها — بلانويول وريبير وإسمان ١ فقرة ٢٨٠ وما بعدها — إيرنغ : أعمال المختارة جزء ٢ ص ٣ وما بعدها — هيمار فى بطلان الشركات والشركات الواقعية — دروجول (Drogoul) رسالة من إكس سنة ١٩٠٢ — لوابيه (Loyer) رسالة من رن سنة ١٩٠٨ — جايو (Japiot) رسالة من ديجون سنة ١٩٠٩ — بيد ليفير (Piedelièvre) رسالة من باريس سنة ١٩١١ — جيار (Guyard) رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ — كافالبوتى (Cavalotti) رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ — هلسنارد (Hilsenard) رسالة من باريس سنة ١٩٣٢ — لوتزسكو (Lutzesco) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ — برتران (Bertrand) رسالة من نيل سنة ١٩٣٩ — السندور (Albindor) فى بطلان القرارات الإدارية رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ — دى سوتو (De Sotto) فى بطلان القرارات الإدارية رسالة من باريس سنة ١٩٤٢ — نظرية العقد المؤلف فقرة ٥٦٥ وما بعدها — الدكتور سلمى بهجت بدوى بك فقرة ١٤٥ وما بعدها وفلاته فى آثار الشركات الباطلة فى مجلة القانون والاقتصاد ص ٣٧٩ وما بعدها و ص ٣١٧ وما بعدها — الدكتور حشمت أبوستيت بك فقرة ٢٤٨ وما بعدها .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع النهيى فى النظرة العامة للبطلان ما يأتى :
« اتفق المشروع ما تستهدف له التغيرات اللاتينية من مآخذ حين تجمع بين أحكام البطلان وأسباب انقضاء الالتزامات فى صعيد واحد . وقد نهج فى هذا الشأن نهج التقنين البرازيل . وجعل لبطلان نظرية جامعة ، فهناك مكاناً مناسباً لضافته من الأحكام تناثرت وانقرط عقدها مع ما بينهما من سبب جامع . كنصوص الخاصة بالزام ناقص الأهلية برد ماله عند إبطال العقد . وقد استسك المشروع بتأيد للذهب اللاتينى فيما استحدث فى هذا الشأن بوجه عام . على أن المذهب الجرمانى لم يعدم أثره فى هذه الناحية . فقد اقتبس لمشروع أحكاماً هامة من التقنين الألمانى والدويسرى . فمن ذلك ... نظرية انقضاء العقود ونظرية تحويل العقود أو إهلاكها . وتجنب الأولى عند ورود البطلان المطلق أو السى على خلق من العقد . وتطبيق الثانية إذا توافرت لعقد الباطل أو القابل لبطلان شروط انقضاء عقد آخر (أنظر المادتين ١٣٩ ، ١٤٠ من التقنين الألمانى) . ويراعى من ناحية أخرى أن المشروع ارتفع على تقديم دعوى البطلان بانقضاء ثلاث سنوات ، مستهماً فى ذلك من الالتزامات الدويسرى (أنظر المادة ٢٢٩ وهى =

٢٩٩ - ضرورة تمييز البطالون عما يقاربه من النظم : وبحسن منذ

البداية أن نميز البطالان (nullité) عما يقاربه من النظم . نميز بينه وبين عدم السريان (inopposabilité) ، وبينه وبين الفسخ (résolution) .
فالبطلان هو انعدام أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين ، وبالنسبة إلى الغير تبعاً لذلك .

وقد يكون العقد صحيحاً ينتج أثره فيما بين المتعاقدين ، ولكنه لا يسرى في حق الغير . فالعقد الحقيقي في الصورية صحيح فيما بين المتعاقدين . غير نافذ في حق الغير . والعقد غير المسجل صحيح فيما بين المتعاقدين ، ولكن لا يحتاج به على الغير . والعقد غير ثابت التاريخ تاريخه حجة على المتعاقدين دون أن يكون حجة على الغير . والعقد الذي أبرمه المدين المعسر إضراراً بحق دائته صحيح فيما بين المتعاقدين . ولكن لا يسرى في حق الدائن إذا طعن فيه بالدعوى البوليصة . والبيع في مرض الموت صحيح فيما بين المتعاقدين ، ولكن لا يسرى في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة . بل قد يكون العقد قابلاً للإبطال فيما بين المتعاقدين وهو في الوقت ذاته لا يسرى في حق الغير . فبيع ملك الغير قابل للإبطال فيما بين البائع والمشتري ، ثم هو لا يسرى في حق المالك الحقيقي . وقد يميز المشتري العقد فيزول البطلان ويبقى عدم السريان . والبطلان إذا كان قابلاً للزوال يزول بالإجازة (confirmation) على ما سئرى . أما عدم السريان فيزول بإقرار الغير للعقد (ratification) . ويلاحظ فيما قدمناه من الأمثلة أن « الغير » ليس له مدلول واحد ، فيختلف مدلوله في مثل عنه في المثل الآخر .

والفرق بين البطلان والفسخ أن البطلان يرجع إلى عيب في ركن من أركان العقد . أما في الفسخ فأركان العقد سليمة مستوفية لشروطها ، فينشأ العقد صحيحاً ، ثم لا ينفذ أحد المتعاقدين التزامه فيسقط التزام المتعاقد الآخر ، ولذلك لا يكون الفسخ إلا في العقد الملزم للجانبين .

== تجعل المدفوعة واحدة)، هذا فضلاً عن التقادم الضويل المقرر بمقتضى القواعد العامة . وبراى أن مبدأ سريان التقادم القصير في هذه الحالة يختلف عن مبدأ سريان التقادم الضويل ، ولذلك يكون لهذا التقادم الضويل أثره إذا اكتملت مدته قبل انقضاء أجل السنوات الثلاث (بحجة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣٣ - ص ٢٣٤) .

٣٠٠ - أنواع البطلان : لما كان البطلان يعده العقد ، فإن المنطق

يقضى بأن يكون البطلان درجة واحدة لاتقبل التدرج . إذ العدم لا تفاوت فيه . ولكن نظرية البطلان مع هذه البساطة المنطقية ، قد تعقدت لاعتبارات تاريخية ، ولا اعتبارات ترجع إلى النصوص التشريعية ، ثم لمحاولة الفقهاء أن يقسموا البطلان تبعاً لذلك إلى مراتب متدرجة . ومن ثم قالت النظرية التقليدية بتقسيم ثلاثي للبطلان . وقد هوجمت من ناحيتين مختلفتين : فكثرة الفقهاء يكتفون بتقسيم ثنائي ، وبعضهم لا يكفيه التقسيم الثلاثي ويذهب إلى تنوع البطلان مراتب متعددة .

فالنظرية التقليدية تقسم البطلان كما قدمنا إلى مراتب ثلاث : الانعدام (inexistence) والبطلان المطلق (nullité absolue) والبطلان النسبي (nullité relative) . وأساس التقسيم هو وجود أركان للعقد لا بد من قيامها حتى يتكون . ولهذا الأركان شروط لا بد من توافرها حتى لا تختل . وركن من هذه الأركان هو الرضاء - لا بد أن يصدر من ذي أهلية كاملة وألا يكون مشوباً بعيب حتى يكون صحيحاً . وأركان العقد الرضاء والمحل والسبب ، وكذلك الشكل في العقود الشكائية . فإذا انعدم ركن منها كان العقد منعدماً . وشروط المحل أن يكون ممكناً معيناً مشروعاً ، وشرط السبب أن يكون مشروعاً ، فإذا اختل شرط من هذه الشروط كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً . وإذا صدر الرضاء من ناقص الأهلية أو شابه عيب كغلط أو تدليس أو إكراه ، كان العقد باطلاً بطلاناً نسبياً .

وكثرة الفقهاء تنعى على النظرية التقليدية تمييزها بين العقد المنعدم والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً . إذ التمييز يصطدم مع المنطق : وليس بذى فائدة . أما أنه يصطدم مع المنطق فلأن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً ليس له وجود قانوني . فهو يستوى في الانعدام مع العقد المنعدم ، ولا يمكن أن يقال إن العقد المنعدم أشد انعداماً من العقد الباطل بطلاناً مطلقاً إذ لا تفاوت في العدم كما قدمنا . وأما أن التمييز غير ذي فائدة فلأن أحكام العقد الباطل بطلاناً مطلقاً هي عين أحكام العقد المنعدم : كلا العقدين لا ينتج أثراً ، ولا تاحقه الإجازة ، ولا يرد عليه التقادم . والواقع أن التمييز بين الانعدام والبطلان المطلق خلقه الفقه

الفرنسي في مناسبة عقد الزواج ، إذ قرر هذا الفقه ألا بطلان في هذا العقد دون نص ، صيانة له من الزرع . فقامت حالات بطلان لا شك فيها ، ولكن لم يرد في شأنها نص ، كما إذا كان الزوجان من جنس واحد ، وكما إذا تولى العقد من ليست له الصفة الرسمية في توليه . فخلقت نظرية الانعدام حتى تغطي هذه الحالات . وكان الأولى عدم التقييد بالقاعدة الضيقة التي تقضي بأن البطلان لا يكون بغير نص في عقد الزواج ، أو في القليل قصر هذه القاعدة على الزواج فإن طبيعته تغاير طبيعة العقود في دائرة المعاملات المالية .

وهناك من الفقهاء من يذهب ، على النقيض مما تقدم ، إلى عدم الاختصار على مراتب البطلان الثلاث التي تقول بها النظرية التقليدية . فإن هذا التقسيم الثلاثي في نظرهم تقسيم ضيق جامد لا يتسع لمختلف الحاجات . وأصحاب هذا الرأي يقولون إن القانون عين شروطاً للعقد حتى ينتج آثاراً معينة ، وكل شرط من هذه الشروط يتطلبه القانون للوفاء بغرض معين ، فإذا اخلل شرط كان العقد باطلاً في الناحية التي تتلاءم مع هذا الشرط ، فتتعدد وجوه البطلان وتنوع مراتبه تبعاً للأغراض التي توخاها القانون (١) . ومهما قيل في مرونة هذا الرأي وفي أنه يفسر استعصاء بعض مسائل البطلان على الخضوع للقواعد التقليدية ، كما في إجازة الواهب أو ورثته لجهة لم يتوافر فيها شرط الشكل (م ٤٨٩ جديد) ، وكما في شذوذ بيع ملك الغير وإمكان إجازته بإقرار المالك وهو أجنبي (م ٤٦٧ جديد) ، وكما في بطلان عقد الشركة الذي لم يستوف الشكل مع عدم جواز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان على الغير (م ٥٠٧ جديد) ، إلا أن هذه الحالات الخاصة لها ما يفسرها تفسيراً ملائماً ، وهي لاتسوغ نقض القواعد الثابتة المستقرة في البطلان لتحل محلها قواعد ليس لها من الثبات والاستقرار ما يبرر الاطمئنان إليها (٢) .

فالوقوف عند التقسيم الثلاثي خير من تشتت قواعد البطلان في غير ثبات ولا استقرار . وخير من التقسيم الثلاثي التقسيم الثنائي إلى عقد باطل بطلاناً

(١) أنظر دروجول (Droguet) في رسالته في النظرية العامة في البطلان ص ٢٠٦ وما بعدها — جايو (Japio) في رسالته في بطلان العقود ص ١٥١ وص ١٥٤ .

(٢) أنظر في هذا المعنى بلانوي وريير وبولانجيه فقرة ٨١٩ — فقرة ٨٢٠ .

مطلقاً) (ويدخل فيه العقد المنعدم) وعقد باطل بطلاناً نسبياً ، لما قدمناه من عيب التمييز ما بين العقد المنعدم والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً . بل خير من التقسيم الثنائي الرجوع إلى المنطق الصحيح وجعل البطلان درجة واحدة لا تفاوت فيها هي البطلان المطلق . ذلك لأن العقد الباطل بطلاناً نسبياً يمر كما سنرى على مرحلتين : (المرحلة الأولى) قبل أن يتعين مصيره بالإجازة أو بالإبطال ، ويكون له في هذه المرحلة وجود قانوني كامل ، فينتج كل الآثار القانونية التي كانت تترتب عليه لو نشأ صحيحاً . (والمرحلة الثانية) يلقي فيها العقد أحد مصيرين . فإما أن تلحقه الإجازة أو يتم في شأنه التقدم فيزول البطلان ويستمر العقد صحيحاً منشأً لجميع آثاره ، فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الصحيح . وإما أن يتقرر بطلانه فينعدم وجوده القانوني انعداماً تاماً وتزول جميع الآثار القانونية التي أنشأها ويكون لهذا كله أثر رجعي . فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً . فالعقد الباطل بطلاناً نسبياً كما نرى لا يعود في مآله أن يكون عقداً صحيحاً إذا لحقته الإجازة أو ورد عليه التقدم . أو عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا ثقرر بطلانه . فهو إما عقد صحيح على الدوام ، وإما عقد باطل بطلاناً مطلقاً منذ البداية . والواقع من الأمر أن البطلان النسبي ليس شيئاً مستقلاً يقوم إلى جانب البطلان المطلق ، وما هو إلا تعبير مناسب عن حالة عقد يمر على المرحلتين المتقدم ذكرهما ، فيزول أمره في النهاية إلى الصحة التامة أو إلى البطلان المطلق . ومن ثم فليس هناك إلا نوع واحد من البطلان . يندمج فيها البطلان النسبي ، كما اندمج فيه الانعدام (١) .

٣٠١ - ناصيل البطور : على أن إرجاع أنواع البطلان كلها إلى

البطلان المطلق إذا كان يرضى المنطق القانوني . فهو لا ييسر الصياغة الفنية لنظرية

(١) وقد ورد في نظرية العقد للؤلؤ (ص ٦١٨ هامش رقم ١) في هذا العدد ما يأتي : « لا توجد هناك ثلاث أحوال للعقد مستقلة بعضها عن البعض الآخر : الصحة والبطلان النسبي والبطلان المطلق ، بل لا توجد إلا حالتان : الصحة والبطلان المطلق . والعقد الباطل بطلاناً نسبياً هو عقد يمر على هاتين الحالتين واحدة بعد الأخرى ، فهو متميز عن العقد الصحيح الذي لا يمر إلا على حالة الصحة ، ومتميز عن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً الذي لا يمر إلا على حالة البطلان . ولكن إذا كان العقد الباطل بطلاناً نسبياً متميزاً على هذا النحو ، فالبطلان النسبي نفسه ليس حالة قائمة بذاتها بل الصحة والبطلان المطلق » .

البطلان وما تواجهه من حالات متغيرة تقتضى شيئاً من التنوع . والأولى من ناحية الصياغة المحضة الرجوع إلى التقسيم الثنائي ، فيكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً أو باطلاً بطلاناً نسبياً . أو كما يقول القانون الجديد يكون العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال . ونقف عند هذا التقسيم ، على أن نتولى تأصيله .

فالبطلان إما أن يرجع إلى اعتبارات شكلية أو إلى اعتبارات موضوعية . ففي الحالة الأولى يكون العقد الشكلي الذي لا يتوافر ركن الشكل فيه باطلاً ، ولكن بالقدر الذي يتطلبه القانون من الشكل . وقد أسلفنا أن الشكل إنما هو من صنع القانون ، والقانون هو الذي يعين له الجزء الكافي في حالة الإخلال به . فقد يجعل العقد الذي لم يستوف الشكل المطاوب باطلاً لا تلحقه إجازة . وقد يسمح بإجازته كما في الهبة الباطلة شكلاً (م ٤٨٩ جديد) وكما في الشركة التي لم تستوف الشكل المطلوب (م ٥٠٧ جديد) . وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل وأن يحتاج به في فرض دون فرض كما في شركات التضامن والتوصية . فالشكل كما قدمنا من خلق القانون . صنعه على عينه ، ويقده على القالب الذي يختاره (١) . ونحن ن هذه الدائرة وحدها - دائرة البطلان لعدم استيفاء الشكل المطلوب - نتمشى مع القائمين بتنوع مراتب البطلان .

أما إذا رجع البطلان إلى اعتبارات موضوعية ، فهنا يجب التأصيل عن طريق تحليل عناصر العقد . وقبل ذلك نقول إن البطلان قد يرجع إلى نص في القانون لحكمة يتوخاها المشرع ، كما في بطلان بيع ملك الغير (م ٤٦٦ جديد) وفي بطلان تصرف السفينة الصادر قبل تسجيل قرار الحجر (م ١١٥٠م جديد) . وهذا النوع من البطلان هو بطلان خاص يتبع في شأنه النص الذي يعالجه . ولكن البطلان الذي يخضع للقواعد العامة يرجع أكثر ما يرجع إلى اعتبارات موضوعية تتولى الآن تفصيلها . ذلك أن للعقد أركاناً ثلاثة هي الرضاء والمحل والسبب . فإذا انعدم أى ركن منها فإن العقد لا يقوم طبيعة ، ويكون باطلاً . ومثل انعدام الركن اختلال شرطه . فالرضاء يشترط فيه التمييز وتقابل الإيجاب والقبول مع تطابقهما ، والمحل يشترط فيه الإمكان والتعيين والمشروعية ، والسبب يشترط فيه المشروعية . فشروط التمييز والتقابل والتطابق في الرضاء ، وشرط

(١) أنظر آتياً فقرة ١٣٥ في المامس .

الإمكان والتعيين في المحل هي شروط طبيعية لا يقوم العقد بدونها . وشروط المشروعية في المحل وفي السبب هو شرط قانوني لا يقوم العقد أيضاً بدونه . فإذا اختل شرط من هذه الشروط كان العقد باطلاً (١) . والبطلان هنا تحلية طبيعة الأشياء أو يفرضه القانون حماية لمصلحة عامة . والعقد الباطل منعدم طبيعة أو شرعاً . فلا ينتج أثراً . ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه ، وللمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها ، ولا تصح إجازته ، ولا يرد عليه التقادم .

وهناك ركن في العقد قد يقع أن يكون قائماً مستوفياً لشروطه ولكن لا تتوافر له أسباب الصحة ، وهذا هو الرضاء . فالرضاء كما رأينا يكور موجوداً مستوفياً لشروطه حتى لو صدر من ناقص الأهلية وحتى لو صدر عن غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، ولكنه يكون رضاء معيباً غير صحيح . وفي هذه الحالة يقوم العقد مستوفياً أركانه ، فهو منعقد ترتب عليه آثاره . ويبقى أن المتعاقد الذي صدر منه رضاء مختل أو رضاء معيب يكون من حقه أن يحمية القانون إذا هو طلب هذه الحماية . فله وحده أن يطلب إبطال العقد ، كما له أن يجيزه ، وإذا سكت سقط حقه في إبطال العقد بالتقادم . ذلك أن هذا الحق في إبطال العقد إنما قرره القانون لا لحماية مصلحة عامة ، بل لحماية مصلحة المتعاقد الخاصة ، يعالج به ما اعتور رضاه من نقص (٢) .

(١) وقد تضمن المشروع التهديد نصاً يجمع الحالات التي يكون فيها العقد باطلاً، فنصت المادة ١٩٣ من هذا المشروع على ما يأتي :

« يكون العقد باطلاً في الحالات الآتية :

(أ) إذا أبرمه شخص لا أهلية له إطلاقاً .

(ب) إذا انعدم فيه الرضاء، أو المحل أو السبب، أو إذا لم تتوافر في المحل أو في السبب شروطه الجوهرية .

(ج) إذا اشترط القانون في العقد شكلاً يكون باطلاً بدونه ولم يتوفّر العقد هذا الشكل .

أو إذا أغفل المتعاقدان إجراء شكلياً يعتبره القانون ركناً في تكوين العقد .

(د) إذا ورد في القانون نص خاص على البطلان » .

وقد حذفت هذه المادة في المشروع النهائي « لأن أحكامها متصوص عنها في المواد السابقة » .

(مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٠ في الهامش) .

(٢) وقد تضمن المشروع التهديد نصاً يجمع الحالات التي يكون فيها العقد قابلاً للإبطال .

فنصت المادة ١٩٥ من هذا المشروع على ما يأتي :

« يعتبر العقد قابلاً للإبطال في الأحوال الآتية :

وليس فيما قدمناه من تأصيل للبطلان إلا نتائج منطقية لمقدمات تؤدى إليها .
ومعولولات معقولة لعل ظاهرة (١).

== (١) إذا كان أحد التعاقدين ناقص الأهلية .

(ب) إذا شاب الرضاء غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال .

(ج) إذا ورد في القانون نص خاص يقضى بأن العقد قابل للبطلان .

وقد حذفت هذه المادة في المشروع النهائي «لأن أحكامها منصوص عليها في المواد السابقة» .

(مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣٥ في الخامس) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع النهدي في هذا الصدد ما يأتي : «ترد أسباب البطلان المطلق إلى تخلف ركن من أركان العقد ، كعدم توافر الأهلية إطلاقاً بفقدان التمييز وانعدام الإرادة تقريباً على ذلك أو كاتفاء الرضاء أو عدم وجوده أو حيلة أو حيلة . وغنى عن البيان أن تخلف ركن من أركان العقد ، في حكم الواقع ، وحكم القانون ، يحول دون انعاقده أو وجوده . وهذا هو ما يقصد بالبطلان المطلق . أما البطلان النسبي فهو يفرض قيام العقد أو وجوده من حيث توافر أركانه ولكن ركناً من أركانه هو الرضاء فيسبب عيب يداخله ، أو بسبب نقص أهلية أحد التعاقدين ، ولذلك يكون العقد قابلاً للبطلان بمعنى أنه يبطل إذا طلب ذلك من شرع البطلان لمصلحته ، وهو من داخل رضاء العيب أو من لم تستكمل أهليته . ومن الجلي أن قابلية العقد للبطلان إنما تمثل العقد في مرحلتين متابعتين : الأولى مرحلة الصحة وينتج فيها العقد جميع آثاره ، والثانية مرحلة البطلان ويعتبر العقد فيها باطلاً لاحقاً له من وقت نشوئه . فليست في مراحل ثلاث ، الصحة وقابلية البطلان والبطلان ، وإنما توجد مرحلتان ، الصحة والبطلان . وقد يقرر البطلان المطلق أو النسبي بمقتضى نص خاص في القانون» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٥ - ص ٢٥٦) .

هذا ويمكن القول إن القوانين الأخرى ، من قديمة وحديثة ، تعرف تقسيم البطلان إلى مراتب متعددة ، وتجعل هذه المراتب متدرجة طبقاً لما ينتج من العقد الباطل من الآثار .
فالقانون الألماني يعرف البطلان المطلق والبطلان النسبي (١٤١م - ١٤٢م) . بل إن الفقه الألماني يعرف العقد النعدم .

وعبر قانون الالتزامات السويسري بين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً (١١م و ١٩م و ٢٠م) والعقد الباطل بطلاناً نسبياً (٢١م و ٢٣م و ٢٥م و ٢٦م و ٢٨م و ٢٩م) .

والقانون الإنجليزي يميز بين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً (void) ويدخل فيه العقد النعدم ، والعقد الباطل بطلاناً نسبياً (voidable) والعقد غير النافذ (unenforceable) . ويريد بالأخير عقداً صحيحاً لا يمكن إثباته طبقاً للقواعد القانونية ، كمقد غير مكتوب لا يجوز إثباته بغير الكتابة . مثل هذا العقد لا يكون باطلاً ولا يجوز طلب إبطاله ، ولكن لا يمكن المطالبة بتنفيذه ، على أنه إذا نفذ الماتزم اختياراً فلاس له أن يسترد ما دفع . وظاهر أن هذا الفرق هو إحدى حالات الالتزام الطيعي في القانونين المصري والفرنسي . ولما كان القانون الإنجليزي لا يعترف بالالتزام الطيعي كمنظورية عامة ، فقد وضع إحدى حالاته في نظرية البطلان .

أما الشريعة الإسلامية فلها نظامها الخاص في تدرج العقد على مراتب متعددة من حيث ظهور أثره . ومرتبات العقود حسب تدرجها من الضعف إلى القوة هي العقد الباطل ، ثم الفاسد ، =

٣٠٢ - **خطه البحث :** والآن نستطيع أن نرسم خطة لبحث نظرية البطلان . فالعقد الباطل والعقد القابل للإبطال يمران بأدوار مختلفة منذ نشأتهما إلى أن يتقرر بطلانهما . فقد يترتب عليهما بعض الآثار ، وقد يرد على العقد القابل للإبطال الإجازة أو التقادم فيقلب صحيحاً . ولكن في أكثر الأحوال يطلب ذو الشأن تقرير بطلان العقد فينعدم .

فالأدوار إذن ثلاثة : (١) ترتيب الآثار . (٢) الإجازة والتقادم . (٣) تقرير البطلان . ونتولى بحث كل من هذه الأدوار .

المبحث الأول

الآثار التي تترتب على العقد الباطل والعقد القابل للإبطال

٣٠٣ - **الآثار العرضية والآثار الأصلية :** العقد الباطل ليس عملاً قانونياً (acte juridique) إذ هو كعقد لا وجود له ، ولكنه عمل مادي (acte matériel) أو واقعة قانونية (fait juridique) . وهو بهذه المثابة قد ينتج أثراً قانونياً ، ليس هو الأثر الأصلي الذي يترتب على العمل القانوني باعتباره عقداً ، بل هو أثر عرضي يترتب على العمل المادي باعتباره واقعة قانونية . على أن العقد الباطل قد ينتج في حالات استثنائية أثره الأصلي باعتباره عقداً ، وهذا شذوذ تقتضيه تارة ضرورة استقرار التعامل ، وطوراً وجوب حماية حسن النية .

ثم الموقوف ، ثم النافذ ، ثم اللازم وهو أقوى مراتب المقود من حيث ظهور الأثر . فالعقد الباطل ما ليس مشرعاً لا أصلاً ولا وصفاً ، أي ما كان في ركنه أو في عمله حلل ، وهو لا ينقذ أصلاً ولا يفيد الملك في الأعيان المالية ولو بالقبض . والعقد الفاسد هو ما كان مشرعاً بأصله لا بوصفه ، بأن يكون المقود عليه أو بدله مجهولاً جهالة دحسة ، أو يكون العقد خالياً من الفائدة ، أو يكون مقروناً بشرط من الشروط الموجبة لفساد العقد . وهو لا يفيد الملك في المقود عليه إلا بقبضه برضا صاحبه . والعقد الموقوف هو ما كان العاقد فيه فضولياً تصرف في ملك غيره بلا إذنه ، أو كان صبيّاً مميزاً . فلا يظهر أثر العقد الموقوف ولا يفيد ثبوت الملك إلا إذا أجازاه المالك في الصورة الأولى ، والولي أو الوصي في الصورة الثانية . والعقد النافذ هو ما صدر من ذي أهلية كاملة فيما يملك التصرف فيه . والعقد اللازم هو ما كان خالياً من خيارات أربعة : خيار التعيين وخيار الشرط وخيار الغيب وخيار الرؤية . ويستخلص من ذلك أن قواعد البطلان في الشريعة الإسلامية تختلف اختلافاً واضحاً عن قواعد البطلان في القانون الحديث .

والعقد القابل للإبطال إذا تقرر بطلانه انعدم منذ البداية . وصار هو والعقد الباطل بمنزلة سواء . فإذا قلنا العقد الباطل . كان المقصود أن يدخل في مضمونه العقد القابل للإبطال بعد أن يتقرر إبطاله (١) .
ونتناول الآن كلا من الآثار العرضية والآثار الأصلية للعقد الباطل.

المطلب الأول

الآثار العرضية للعقد الباطل

٣٠٤ - استعراض بعض هذه الآثار : قد ينتج العقد الباطل آثاراً باعتباره واقعة مادية كما قدمنا . من ذلك الزواج غير الصحيح ، فهو في الشريعة الإسلامية لا ينتج آثاره الأصلية كحل التمتع ووجوب النفقة والتوارث ما بين الزوجين ، ولكنه ينتج آثاراً عرضية كوجوب العدة في بعض الأحوال ووجوب المهر بعد الدخول وثبوت النسب احتياطاً وسقوط الحد ولو مع العلم بالبطلان على خلاف في الرأي (٢) . وهذه الآثار لا ترتب على الزواج باعتباره عقداً ، فهو بهذا الاعتبار باطل لا ينتج أثراً ، ولكنها ترتب عليه باعتباره واقعة مادية . فإذا وقع أن رجلاً وامرأة ارتبط أحدهما بالآخر كما لو كانا زوجين ، فالعدة واجبة على أثر هذا الإنصال الفعلي ، والبنوة ثابتة بطبيعة الأشياء . والمهر بمثابة تعويض عن الدخول ، وسقوط الحد عند من يقولون به يكون للشبهة لا لقيام رابطة الزوجية .

(١) وقد يكون العقد القابل للإبطال قبل أن يتقرر بطلانه منتجاً لبعض الآثار كواقعة مادية لا كعقد . فهو يصلح أن يكون سبباً صحيحاً ناقلاً للملكية يستند إليه الحائز في التملك بالتادم الحمى ، بخلاف العقد الباطل فإنه لا يصلح لذلك . فإذا اشترى شخص عقاراً من غير المالك ، وكان البائع قاصراً ، صلح هذا البيع أن يكون سبباً صحيحاً ، وتملك المشتري العقار بالتادم الحمى . وظاهر أن البيع الصادر من القاصر غير المالك يعتبر في العلاقة ما بين المشتري والمالك الحقيقي واقعة مادية لا عقداً . وهو لا يكون سبباً صحيحاً إلا قبل إبطاله ، أما إذا أبطله القاصر أو المشتري فإنه لا يعود صالحاً لأن يكون سبباً صحيحاً . ويتصور أن المالك يبطله إذا كان من مصلحته أن يرجع العقار إلى صاحبه ويرجع بالثمن على القاصر ، فليس له أن يرجع قيمة العقار عن الثمن وأمكن المشتري أن يرجع بالثمن على القاصر باعتباره قد أوفى منه إيداعه كاملة .

(٢) فتح القدير ٥ ص ٣٠ وما بعدها و ٤٠ وما بعدها .

وهناك من الإجراءات ما يكون باطلا . ولكنه ينتج بعض الآثار . من ذلك صحيفة الدعوى إذا كلف فيها المدعى عليه بالحضور أمام محكمة غير مختصة ، فتكون باطلة وهي مع ذلك تقطع التقادم (م ٣٨٣ جديد) . ومن ذلك أيضاً العطاء اللاحق في المزايعة يسقط العطاء السابق حتى لو كان العطاء اللاحق باطلا (م ٩٩ جديد) .

ومن أهم الآثار العرضية التي ينتجها العقد الباطل آثاران يستخلصان من تطبيق نظريتين معروفتين : إحداهما نظرية تحول العقد ، والأخرى نظرية الخطأ عند تكوين العقد . ونقول كلمة موجزة عن كل منهما .

١ § — نظرية تحول العقد (*)

(Conversion du contrat)

(Réduction du contrat العقد انتقاص)

٣٠٥ — **النصوص القانونية** : لم يكن القانون القديم يتضمن نصاً يقرر النظرية كمبدأ عام ولكن القضاء كان يطبقها في بعض الحالات . أما القانون الجديد فقد أورد فيها نصاً صريحاً هو المادة ١٤٤ ، وهي تجرى على الوجه الآتي :

«إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر . فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد (١)» .

(*) بعض المراجع : سالي في إعلان الإرادة م ١٤٠ فقرة ١ — فقرة ٢٣ — جايو (Japiot) رسالة من ديجون سنة ١٩٠٩ م ٦٧٢ وما بعدها — بران (Perria) رسالة من ديجون سنة ١٩١١ — بيد ليفر (Piedelièvre) رسالة من باريس سنة ١٩١١ م ١١٦ وما بعدها — الدكتور حلمي بهجت بدوى مقال في مجلة القانون والاقتصاد م ٤٠٥ — م ٤٣٢ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٠٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : «إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهم تنصرف إلى إبرام هذا العقد لو أنها كانوا يعلمان بطلان العقد الأول» . وفي لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات =

ونظرية تحول العقد نظرية ألمانية : صاغها الفقهاء الألمان في القرن التاسع عشر ، وأخذ بها التقنين الألماني كقاعدة عامة في نص صريح هو المادة ١٤٠ (١) . وعلى نهج التقنين الألماني سار القانون المدني الجديد .

٣٠٦ - كيف يتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح :

وتتلخص النظرية في أن التصرف الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر تصرف آخر . فيتحول التصرف الذي قصد إليه المتعاقدان وهو التصرف الباطل ، إلى التصرف الذي توافرت عناصره وهو التصرف الصحيح . وبذلك يكون التصرف الباطل قد أنتج أثراً قانونياً عريضاً لا أصلياً .

ومن الأمثلة على تحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح « كميالة » لم تستوف الشكل الواجب فتحول من كميالة باطلة إلى سند عادي صحيح . ومن الأمثلة أيضاً شخص يتعهد تعهداً لا رجوع فيه أن يجعل آخر وارثاً له ، فيكون التعهد باطلاً لأن الشريعة الإسلامية لا تعرف عقد إقامة الوارث (institution d'héritier) ، ولكنه يتحول إلى وصية صحيحة يجوز الرجوع فيها . ومن أمثلة التحول كذلك وصية لاحقة لوصية سابقة ، فإذا كانت الوصية اللاحقة باطلة تحولت إلى عدول صحيح عن الوصية السابقة . ومثل هذا يتصرف باطل في شيء كان

=لفظية ، وأصبح رقم المادة ١٤٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون الذي لجس الشيوخ جرت مناقشات طويلة حول حذف العبارة الأخيرة من النص ، وقيل في الرد على ذلك بأن المقصود بهذه المادة أن نضع للقاضي معياراً لتحقيق العدالة ، فنحن لا نلزمه بالبحث عن نية المتعاقدين ، ولكننا نطالبه أن يستخلص ما كانت تصرف إليه نية المتعاقدين عند إبرام العقد ، وهذا التكيف القانوني من القاضي يقع تحت رقابة محكمة النقض على أن يكون مفهوماً أن القاضي يبحث في النية التي كان مبروراً قيامها قبل النزاع . وانتهت اللجنة إلى الاقتصاد على حذف عبارة « لو أنها كانا يعلمان بطلان العقد الأول » لأنها تزيد لا محل له ، ولأن المسألة نبط أمرها بالنية ، ولا محل للتفكير بعد ذلك بالعلم أو بأى طرف آخر ما دام الأمر يرجع في النهاية إلى تقدير القاضي . وأصبح رقم المادة ١٤٤ - ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٢ - ص ٢٦٧) .

(١) وقد قضت المادة ١٤٠ من التقنين الألماني بما يأتي : « إذا كان العمل القانوني الباطل يفي بشروط عمل قانوني آخر ، فهذا العمل الأخير هو الذي يؤخذ به إذا فرضت المحكمة أن كانا يريدانه لو كانا يعلمان بالطلان » . وبمجموع هذا النص شروط « العلم » الثلاثة التي سبقت ذكرها ، وقد أخذ بالإرادة المحتملة ، لا بالإرادة الاحتياطية ولا بانعدام الإرادة المعكبة على ما سبقت بيانه (أنظر في هذا الموضوع سالي في إعلان الإرادة م ١٤٠ ص ١٥٨) .

قد أوصى به المتصرف قبل صدور التصرف : فيتحول التصرف الباطل إلى عدول صحيح عن الوصية .

٣٠٧ - شروط تحول العقد : ويتبين مما تقدم أن هناك شروطاً ثلاثة لتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح : (١) بطلان التصرف الأصلي . (٢) وتضمنه لعناصر تصرف آخر . (٣) وانصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى هذا التصرف الآخر (١) .

فيجب أولاً أن يوجد تصرف أصلي باطل . وتترتب على هذا الشرط نتيجتان : (١) لو أن التصرف الأصلي كان صحيحاً : فلا يتحول إلى تصرف آخر كان المتعاقدان يؤثرانه على التصرف الأول ، حتى لو تضمن التصرف الصحيح عناصر هذا التصرف الآخر . مثل ذلك هبة صحيحة تتضمن عناصر الوصية . ويتبين أن كلا من الواهب والموهوب له كان يفضل الوصية على الهبة ، فلا تتحول الهبة إلى وصية في هذه الحالة . لأن الهبة وقعت صحيحة ، ولا يتحول إلا التصرف الباطل . (٢) يجب أن يكون التصرف الأصلي باطلاً بأكمله . أما إذا كان جزء منه باطلاً وكان التصرف قابلاً للانقسام .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في صدد تحول العقد ما يأتي : « استقيت أحكام المادة ٢٠٣ (م ١٤٤ جدي) من الفقيه الألماني أيضاً . بيد أن فكرة تحويل العقد أو انقلابه أدق من فكرة الانقاص التي تقدمت الإشارة إليها . فليس يرد أمر التحويل إلى مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين . بل الواقع أن القاضي يعزل نفسه عنهما . ويبدلهما من عقدهما القديم عقداً جديداً يقيمه لهما . ويشترط لإعمال أحكام التحويل أن يكون العقد الأصل باطلاً أو قابلاً للبطلان . فإذا كان صحيحاً فلا يملك القاضي بوجه من الوجوه أن يحل محله عقداً آخر قد يؤثره المتعاقدان لو فصل لهما أمره . ويشترط كذلك أن تكون عناصر العقد الجديد الذي يقيمه القاضي قد توافرت جميعاً في عقد الأصل الذي قام به سبب من أسباب البطلان ، فلا يملك القاضي على أي تقدير أن يلتمس عناصر إنشاء العقد الجديد خارج نطاق العقد الأصلي . ويشترط أخيراً أن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لو أنها تبنا ما بالعقد الأصلي من أسباب البطلان . ويستخلص مما تقدم أن سلطة القاضي في نطاق التحويل ليست سلطة تحكيمية . فإذا كان يتولى عن التقدير إعادة إنشاء التعاقد ، إلا أنه يسترشد في ذلك بإرادتهما باتتات . وليست الشروط الثلاثة المتقدمة سوى قيود قصد بها أن تحد من إطلاق تقدير القاضي على نحو ينيح تقرب الشك - أمكن بين نية المتعاقدين المتفرقة وتبنيها الخفية . ولعل اعتبار الكيفية التي لا تتوقف ما يدعى ضمان المشروع الشككية سداً أذنيّاً أو مجرد تعاقدي مدني من أبرز التطبيقات العملية التي يمكن أن تساهل في صدد فكرة التحويل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٣ - ص ٢٦٤) .

فلا يكون هناك محل لتحويل التصرف . بل لانتقاصه (réduction) . فيزول الجزء الباطل ويبقى الجزء الصحيح . وقد نصت المادة ١٤٣ من القانون المدني الجديد صراحة على هذا الحكم . فتضمنت بأنه «إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال . فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق الذى وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله» (١) . مثل ذلك قسمة أعيان بعضها موقوف وبعضها مملوك . فتقع قسمة الموقوف باطلاً ، وتبقى قسمة المملوك صحيحة ، إلا إذا أثبت من يطعن في القسمة كلها أنها ما كانت لتتم في المملوك دون الموقوف . ويتبين من ذلك أن وجود شرط باطل في وصية ، يكون من شأنه أن يبطل الوصية كلها إذا كان هو الدافع إلى التصرف . أو يبطل هو وحده إذا لم يكن هو الدافع ،

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٠٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

« إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للبطلان ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلاً أو قابلاً للبطلان . » وفي لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ١٤٧ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ حذفت عبارة «أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً» لأن هذه العبارة جاءت على سبيل الإيضاح وهي تقرر نتيجة تستخلص في غير عناء من النص نفسه ، وأصبح رقم المادة ١٤٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٩ - ص ٢٦١)

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « اقتبس المشروع أحكام المادة ٢٠٢ (م ١٤٣ جديد) من القوانين الجرمانية ، ومن بينها التقنين الألماني وتقتضي الالتزامات السويسرية والتقنين البولوني بوجه خاص (أنظر أيضاً المادتين ٣٢٧/٣٠٨ من التقنين التونسي والمراكشي) . وهي تعرض لانتقاص العقد عندما يرد البطلان المطلق أو النسبي على شق منه . فلو فرض أن هبة اقترنت بشرط غير مشروع ، أو أن يبيع ورد على عدة أشياء وقع الماقد في غلط جوهرى بشأن شيء منها ، ففي كلتا الحالتين لا يصيب البطلان المعلق أو النسبي من العقد إلا الشق الذى قام به سببه . وعلى ذلك يبطل الشرط المقتن بالهبة بطلاناً مطلقاً ، ويبطل البيع فيما يتعلق بالشيء الذى وقع الغلط فيه بطلاناً نسبياً ، ويبطل ما بقى من العقد صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً ، ما لم يتم من يدعى البطلان الدليل على أن البطلان الذى يبطل بطلاناً مطلقاً أو نسبياً لا ينفصل عن جملة التعاقّد (انظر المادة ١٣٩ من مسودتين الألماني والمادتين ٣٢٧/٣٠٨ من التقنين التونسي والمراكشي ، وهي تلقى عيب الإنبات على غنائق من يتمسك بصحة ما بقى من أجزاء العقد) . وغنى عن البيان أن هذه الأحكام التشريعية يستلزمها مجرد تفسير لإرادة الماعدين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٠)

يدخل في نطاق قاعدة انقاص العقد . ويدخل في نطاق هذه القاعدة أيضاً ما يشترط فيه القانون أن يقف عند رقم محدود على أن ينقص ما يزيد على هذا الرقم ، كعقد بقاء في الشيوخ اتفق على أن تكون مدته أكثر من خمس سنوات فتتقصص المدة إلى خمس (م ٨٣٤ جديد) ، أو عقد قرض بفوائد تزيد على ٧ في المائة فتتقصص الفائدة إلى ٧ في المائة (م ٢٢٧ جديد) . في مثل هذه الأحوال ينقص العقد لا يتحول ما دام قابلاً للتجزئة . أما إذا لم يكن قابلاً لها فإنه يبطل بأكمله . وقد يكون هناك محل في هذه الحالة لتحويله إلى عقد آخر صحيح ، كما قد يكون هناك محل في حالة الانقصاص لتحويل الجزء الباطل وحده إلى عقد آخر صحيح . وانقصاص العقد ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، وكان القضاء يأخذ به في ظل القانون القديم (١) .

ويجب ثانياً أن يتضمن التصرف الباطل جميع عناصر التصرف الآخر الذي يتحول إليه دون أن يضاف إلى هذا التصرف الآخر عنصر جديد . فإذا اختل هذا الشرط لم يميز التحول . مثل ذلك شخص باع أرضاً من آخر ، وتبين أن الأرض غير مملوكة للبائع ، فلا يتحول العقد إلى بيع يقع على منزل مملوك للبائع ، حتى لو ثبت أن المتعاقدين كانا يقبلان ذلك لو علما بأن البائع لا يملك الأرض (٢) .

(١) محكمة الزقاق في ١٦ أكتوبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٦٥ من ٢٣٢ — وانظر في موضوع الانقاص مقالاً للدكتور حلمي بهجت بدوي في مجلة القانون والاقتصاد ٣ من ٤٠٥ — من ٤٠٧ — وانظر أيضاً المادة ٢٠ فقرة ٢ من تعين الالتزامات السويسري . (٢) ومن ثم لا يعد تحولاً ما نصت عليه المادة ١٢٤ من القانون المدني الجديد . وقد رأينا ، تطبيقاً لهذه المادة ، أن الشخص الذي اشترى شيئاً وهو يعتقد أنه أثرى يظل مرتبطاً بالعقد إذا عرض البائع أن يعطيه الشيء الأثرى الذي قصد شراءه (انظر آخراً فقرة ١٧٨) . وليس في هذا تحول بيع شيء غير أثرى إلى بيع شيء أثرى ، لأن البيع الثاني أدخل عليه عنصر جديد لم يكن موجوداً في البيع الأول ، وهو الشيء الأثرى بالذات ، فتخلف بذلك شرط من شروط التحول .

ومعنى في هذه المناسبة أن نشير إلى وجوب التمييز بين تصحيح العقد وتحويله وإجازته . فتصحيح العقد يكون بإدخال عنصر جديد عليه يؤدي قانوناً إلى جعله صحيحاً . فمعرض البائع على المشتري أن يعطيه الشيء الأثرى الذي قصد شراءه في المثل المتقدم يجعل المشتري مرتبطاً بالعقد كما قدمنا ، وإدخال هذا العنصر الجديد — الشيء الأثرى — على العقد قد أدى قانوناً إلى جعل العقد صحيحاً . وفي الاستئثار يجوز في عقود المعاوضة أن يتوق الطرف المستأثر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع العين ، فمعرض ما يكفي لرفع العين =

وينبأ أخيراً أن تصرف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر الذى تحول إليه التصرف الأصلى . وليس معنى ذلك أن المتعاقدين أرادا التصرف الآخر إرادة حقيقية ، بل معناه أنهما كانا يريدانه لو أنهما علما بأن التصرف الأصلى ياطل . فإرادتهما الواقعية انصرفت إلى التصرف الأصلى ، وانصرفت إرادتهما المحتملة إلى التصرف الآخر . ومن هنا نرى أن القاضى قد استخلص من التصرف الباطل - باعتباره واقعة مادية - عناصر تصرف صحيح انصرفت إليه الإرادة المحتملة للمتعاقدين ، فأقام هذا التصرف الصحيح مقام التصرف الباطل ، وجعل ذلك أثراً عرضياً لهذا (١) .

سهر إدخال عنصر جديد فى العقد أدى إلى تصحيحه . وكذلك الحال فى تسككة الشئ إلى أربعة أخماس ثمن الثلث فى بيع العقار للملوك لشخص لا تتوفر فيه الأهلية إذا كان فى البيع غبن يزيد على الخمس . وعبر أيضاً تصحيحاً للعقد القصة إذا كان نصيب المتقاسم الغبون ما قسم من حصته إذا تخلف غبن يزيد على الخمس . ومن قبيل تصحيح العقد تخفيض الفوائد الاتفاقية إلى ٧٪ . ، وتخفيض الأجل الاتفاقى للبقاء فى الشيوع إلى خمس سنين ، وإن كان التصحيح فى هاتين الحالتين الأخيرتين قد أتى عن طريق انتقاس العقد وهو إجبارى بمقتضى القانون لا اختيارى بإرادة المتعاقدين . ويجرى التصحيح ، كما رأينا ، بخير فى عنصر من عناصر العقد : إما بإيداله بنصر جديد كافى لإبدال غير الأثرى بالأثرى ، وإما بزيادة فيه كالتسككة فى حالتى الاستفلال والغبن ، وإما بانتقاس منه كتخفيض الفوائد الاتفاقية وإتقاس الأجل الاتفاقى للبقاء فى الشيوع . والتصحيح هو مزيج من تصرف إرادى وعمل مادية يصدر ، بخلاف الإجازة ، من الطرف الذى لم يقرر بطلان العقد لصالحه . وله أثر رجعى كالإجازة ، فيعبر العقد المصحح صحيحاً من وقت نشوئه لا من وقت تصحيحه — وتصحيح العقد غيرمراجعة القاضى للعقد . والتصحيح يكون بمقتضى إرادة المتعاقدين أو بمقتضى حكم القانون ، أما مراجعة العقد فتكون من عمل القاضى . والتصحيح لا يكون إلا فى عقد نشأ معيماً منذ البداية ، أما مراجعة العقد فقد تكون فى عقد نشأ معيماً كإتقاس الالتزامات فى الاستفلال وفى عقود الإذعان ، وقد تكون فى عقد نشأ صحيحاً كاستكمال القاضى للمسائل غير الجوهرية التى لم يتفق عليها المتعاقدان (م ٩٥ جديد) وإتقاس الالتزام المرفق فى نظرية الحوادث الطارئة .

أما تحول العقد فهو ، كما رأينا : استبدال عقد جديد بعقد قديم من غير إدخال أى عنصر جديد ، بل تبقى عناصر العقد القديم كما هى ، وإنما تكيف تكيفاً قانونياً غير التكيف الأول ، فيقع بذلك استبدال العقد الجديد بالعقد القديم . وعدم إدخال أى عنصر جديد هو الذى يميز التحول من التصحيح . وأما إجازة العقد فهو ، كما سئرى ، استبقاء العقد القابل للإبطال بنصره كما هى ، وفى هذا تتفق الإجازة مع التحول وتختلف عن التصحيح ، مع استبقاء العقد المجاز على تكيفه القانونى الأصلى دون أن يكيف تكيفاً جديداً ، وفى هذا تتفق الإجازة مع التصحيح وتختلف عن التحول . (١) ويبرر ذلك أن التصرف الصحيح قد قام على الغاية التى قصد إليها المتعاقدان (volonté téléologique) كما يقول سالى . فهناك غاية عملية يريد المتعاقدان الوصول إليها ، =

§ - نظرية الخطأ عند تكوين للعقد (*)

(Culpa in contrahendo)

٣٠٨ - كيف يكون هناك خطأ عند تكوين العقد - وما هو جزاء

هذا الخطأ : قد يكون العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال ، ويكون سبب البطلان آتياً من جهة أحد المتعاقدين ، أما المتعاقد الآخر فيعتقد صحة العقد ، ويظن إلى ذلك ، ويبني تعامله على هذا الاعتقاد . فإذا تقرر بطلان العقد ، ناله من وراء ذلك ضرر لم يكن في حسابه . فهل يرجع بالتعويض على من كان سبب البطلان آتياً من جهته ، وعلى أى أساس قانوني يكون هذا الرجوع ؟ هذا هو وضع المسألة في نظرية الخطأ عند تكوين العقد . ووجه الصعوبة فيها أن العقد باطل ، فليس هناك إذن عقد تؤسس عليه مسئولية المتعاقد الذى أتى سبب البطلان من جهته ، فكيف إذن يمكن الرجوع عليه ؟

== وقد اختارنا لذلك طريقاً قانونياً تبين بطلانه . فإن كان هناك طريق قانوني صحيح يؤدي إلى الغاية ذاتها ، فمن الممكن القول بأنها كآنا يريدان هذا الطريق القانوني الصحيح ، لو أنها كآنا يعلمان ببطلان الطريق القانوني الذى اختاراه ، مادام الطريق الصحيح يؤدي إلى الغاية العملية التى قصداها . فالعبرة إذن بالغاية العملية ، لا بالإرادة القانونية .

هذا وهناك من أنصار نظرية الإرادة الباطنة من يشترط في التحول أن تصرف إرادة المتعاقدين احتياطياً إلى التصرف الصحيح الذى تحول إليه التصرف الباطل . فلا يمكن الإرادة المحتملة . بل يجب أن يتوقع المتعاقدان احتمال بطلان التصرف الأصلي فتصرف لإرادتهما احتياطياً إلى التصرف الآخر عند تحقق هذا الاحتمال . والإرادة الاحتياطية هى كما نرى إرادة حقيقية . ويكون المتعاقدان قد أرادا تصرفاً باطلاً في الأصل ، وأرادا تصرفاً صحيحاً على سبيل الاحتياط . فيقوم التصرف الصحيح على إرادة حقيقية لاعلى إرادة محتملة .

وعلى النقيض من ذلك يوجد من أنصار نظرية الإرادة الظاهرة من لا يتطلب لا إرادة احتياطية ولا إرادة محتملة ، بل يكفي بانعدام الإرادة المكسبة . فيتحول العقد مالم يتضح من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى استبعاد هذا التحول .

(*) بعض المراجع : إهرنج : أعمال المختارة جزء ٢ ص ١ - ص ١٠٠ - سالى في الالتزامات

في القانون الألمانى فقرة ١٥٣ - فقرة ١٦١ - سالى في إعلان الإرادة م ١٢٢م فقرة ١ - فقرة ٦ وم ١٤١ فقرة ٥٤ - فقرة ٦٠ - روبييه رسالته في المسئولية السابقة على التعاقد - لجرو (Legros) في المسئولية عند بطلان العقد ديجون سنة ١٩٠٠ - رو (Roux) في التعويض عن بطلان العقد باريس سنة ١٩٠١ - هلتزاد في الالتزامات التى تنشأ عند إعداد العقد باريس سنة ١٩٣٢ - الدكتور حلمي بهجت بدوى مقاله في مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٣٨٤ - ص ٥٠٥ .

ونأتى بأمثلة توضح ما أسلفناه . قد يكون العقد باطلا لانعدام الرضاء ، كشخص يترك خاتمه عند آخر فيوقع هذا به عقداً يطمئن إليه الطرف الآخر ، وكمدبر شركة يصدر سندات غير صحيحة يطمئن إليها من يشتريها ، وكالموجب يعدل عن إيجابه قبل أن يتلاقى بالقبول ولكن المتعاقد الآخر يطمئن إلى أن العقد قد تم . وقد يرجع سبب البطلان للمحل أو السبب ، كأن يبيع شخص شيئاً غير موجود أو لم تتوافر فيه شروط المحل ، وكأن يلزم البائع لسبب غير مشروع ، ولكن المشتري لا يعلم سبب البطلان ويطمئن إلى قيام العقد . وقد يكون العقد قابلاً للإبطال ، كأن يتقدم قاصر إلى التعاقد ويطمئن من يتعاقد معه إلى صحة العقد . وكأن يقع أحد المتعاقدين في غلط لا يشترك معه فيه الطرف الآخر بل يطمئن إلى أن التعاقد صحيح ، وكمن يشتري من غير المالك معتقداً أنه المالك .

ومن هذه الأمثلة ما عالجها القانون بنصوص خاصة . فالموجب الذي يعدل عن إيجابه إذا وصل عدوله إلى الطرف الآخر بعد وصول الإيجاب لم يعتد بالعدول (م ٩١ جديد) . ولا يعتد بعدم مشروعية السبب إذا كان الطرف الآخر لا يعلم بذلك كما أسلفنا . ويلزم ناقص الأهلية بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته (م ١١٩ جديد) . وإذا شاب التعاقد غلط لم يشترك فيه الطرف الآخر ولم يعلم به : فالغلط لا يؤثر في صحة العقد (م ١٢٠ جديد) . وإذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية (م ٤٦٨ جديد) .

ولكن في غير الأمثلة التي ورد فيها نص خاص كيف يستطيع المتعاقد الذي اطمأن إلى صحة العقد أن يرجع على المتعاقد الذي أتى سبب البطلان من جهته ؟ يمكن القول منذ الآن إن العقد الباطل يعتبر واقعة مادية ، إذا توافرت فيها شروط الخطأ التقصيري ، رجع المتعاقد الذي اطمأن إلى صحة العقد بالتعويض عن هذا الخطأ على المتعاقد الذي أتى من جهته سبب البطلان . ومن ثم يكون العقد الباطل قد أنتج أثراً قانونياً عرضياً ، لا على أساس أنه عقد ، بل على أساس أنه واقعة مادية .

٣٠٩ - نظرية إهرنج في الخطأ عند تكوين العقد : على أن إهرنج

(Ihering) الفقيه الألماني المعروف واجه هذا الترض في صورته المتعددة ، فوضع له نظرية معروفة بنظرية الخطأ عند تكوين العقد (Culpa in contrahendo) . ودعاه إلى ذلك أن القانون الروماني كان في ألمانيا هو القانون المعمول به في عهده . ولم يكن هذا القانون يسلم بأن كل خطأ يرتب مسئولية مدنية ، بل كانت الأعمال المضارة التي توجب التعويض مقيدة بشروط معينة يقضى بها قانون أكيليا (Aquilian) المعروف . فلم يستطع إهرنج أن يقرر أن العقد الباطل ، كواقعة مادية ، يعتبر خطأً يوجب التعويض . ولكنه نقب في نصوص القانون الروماني فعرّض على بعض النصوص التي تقضى برجوع أحد المتعاقدين على الآخر في العقد الباطل بمقتضى دعوى العقد ذاتها (١) . واستخلص من ذلك أن العقد بالرغم من بطلانه ينشئ التزاماً بالتعويض كعقد لا كواقعة مادية . ولم يرد الاقتصار على التطبيقات التي وجدها في القانون الروماني ، بل رسم مبدأ عاماً يقضى بأن كل متعاقد تسبب ، ولو بحسن نية ، في إيجاد مظهر تعاقدى اطمأن إليه المتعاقد الآخر بالرغم من بطلان العقد الذي قام عليه هذا المظهر ، ياتزم بمقتضى العقد الباطل ذاته أن يعرض المتعاقد الآخر ما أصابه من الضرر بسبب اطمئنانه إلى العقد ، بحيث يرجع إلى الحالة التي كان يصير إليها لو لم يتعاقد (٢) .

وتتميز نظرية إهرنج هذه بأن كلا من المقومات الثلاثة للمسئولية - الخطأ والعقد والتعويض - يتلون فيها بلون خاص .

أما الخطأ فينحصر في إقدام المتعاقد الذي أتى سبب البطلان من جهته على التعاقد ، وكان واجباً عليه أن يعلم بما يحول دون هذا التعاقد من أسباب

(١) إهرنج : أعماله المختارة (الترجمة الفرنسية) جزء ٢ ص ١٠ وما بعدها .

(٢) وقد ضرب إهرنج لذلك مثلاً : متجر في مدينة كولونيا أبرق إلى مصرف في مدينة فرانكفورت أن يبيع لحسابه عدداً معيناً من السندات . ولكن لفظ «بيع» بالألمانية (verkaufen) وقع فيه خطأ مادي ، وحذف منه المقطع الأول (vor) فأصبح (kaufen) ، وهذا اللفظ معناه «يشترى» . فكان من ذلك أن اشترى المصرف لعميله بدلاً من أن يبيع . ونزل سعر السندات بعد ذلك ، فبلفت الخسارة مبلغاً جسيماً (إهرنج : أعماله المختارة الترجمة الفرنسية جزء ٢ ص ٧ - ص ٨) .

توجب بطلان العقد . على أنه حتى لو فرض أن هذا المتعاقد كان لا يستطيع أن يعلم بسبب البطلان . فإنه يبنى أن ضرراً قد وقع ، وأن من العدل أن يتحملة هو وقد وجد سبب البطلان في جانبه ، لا أن يتحملة المتعاقد الآخر وهو حسن النية ولم يكن في موقف يستطيع فيه أن يكشف عن هذا السبب . فوجود سبب البطلان في جانب أحد المتعاقدين هو في ذاته خطأ (culpa) يوجب التعويض .

وأما العقد الذي أخل به المتعاقد المسئول فقد كان من الممكن تصويره على أنه عقد ضمان التزم بمقتضاه هذا المتعاقد أن يكفل للمتعاقد الآخر صحة التعاقد . ووجه ذلك أن كل شخص أقدم على التعاقد يتعهد ضمناً ألا يقوم من جانبه سبب يوجب بطلان العقد ، ورضاء المتعاقد الآخر أن يتعاقد معه إنما هو قبول ضمنى لهذا التعهد ، فيتم عقد الضمان بإيجاب وقبول ضمنين . ولكن إهرنج بصطدم هنا أيضاً بقواعد القانون الروماني . فهذه القواعد ضيقة في العقد كما هي ضيقة في الخطأ . وليس كل إيجاب وقبول في القانون الروماني يعتبر عقداً . لذلك لا يقيم إهرنج مسئولية المتعاقد على عقد الضمان هذا ، إذ هو لا يعتبر عقداً كما قدمنا ، بل يقيمها على العقد الباطل ذاته ، ولكن لا كواقعة مادية فليس كل عمل صار يعتبر خطأ في القانون الروماني ، بل كعقد حيث تسعفه مجموعة من النصوص استخلص منها إهرنج قاعدة عامة كما أسلفنا . فإذا قيل إن العقد باطل قرصاً فكيف ينتج أثراً ، أجاب إهرنج بأنه لا يجوز أن يجرّد العقد الباطل من كل آثاره ، وإذا نقص العقد ركن أو شرط فأصبح باطلاً . كان معنى البطلان أن العقد لا ينتج من الآثار القانونية ما يقابل هذا الركن أو هذا الشرط . واستشهد إهرنج على صحة هذا الرأي بتطبيقات مختلفة في القانون الروماني (١) . وهذا رأى يقرب كثيراً من نظرية تنوع مراتب البطلان التي سبقت الإشارة إليها . ونرى من ذلك أن إهرنج يرتب على العقد الباطل أثراً أصلياً ، لا باعتباره واقعة مادية ، بل على أساس أنه عقد . وهذه الخصوصية هي أبرز خصائص نظريته .

وأما التعويض فلونه الخاص في نظرية إهرنج هو ألا يكون تعويضاً كاملاً كما

(١) إهرنج : أعماله المختارة (الترجمة الفرنسية) جزء ٢ ص ٢٨ — ص ٣٠ .

في التعويض عن عقد صحيح . فالتعويض عن العقد الصحيح يكون عن المصلحة الإيجابية (*intérêt positif - Erfüllungs Interesse*) . أما التعويض عن العقد الباطل فيكون عن المصلحة السلبية (*intérêt négatif - negative Vertrags Interesse*) .

ويأتى إهرنج بمثل يبين الفرق بين التعويضين : شخص احتجز غرفة في فندق وتختلف عن الحضور . فإذا كان العقد صحيحاً كان مسئولاً عن تعويض المصلحة الإيجابية ، أى عن الضرر الذى أصاب صاحب الفندق من عدم تنفيذ العقد : فيدفع أجرة الغرفة . أما إذا كان العقد باطلاً ومع ذلك اطمأن صاحب الفندق إلى صحة التعاقد ، فلا يرجع إلا بالمصلحة السلبية ، فيطلب تعويضاً عن الضرر الذى أصابه من جراء توهمه صحة العقد ليعود بهذا التعويض إلى الحالة التى كان عليها لو لم يوجد هذا المظهر الخداع من التعاقد . ويترتب على ذلك أنه لا يرجع بتعويض إلا إذا أثبت أن الغرفة قد طلبها آخرون ففرض الطلب لاعتقاده أن الغرفة محتجزة . وقد رأينا في الحالة الأولى أنه يرجع بأجرة الغرفة سواء طلب الغرفة آخرون أو لم يطلبها أحد . - ويكون التعويض عن المصلحة السلبية أقل عادة من التعويض عن المصلحة الإيجابية . ويضرب إهرنج لذلك مثلاً : تاجر باع عشرة صناديق من « السجاير » ، وكان العقد صحيحاً ولكن المشتري لم ينفذه ، فللبائع أن يطلب تعويضاً عن المصلحة الإيجابية ، أى الربح الذى كان يجنيه من الصفقة والخسارة التى لحقت من عدم تنفيذ العقد كما لو تكبد نفقات فى إرسال الصناديق واستردادها . أما إذا كان العقد باطلاً ، بأن كان المشتري لم يطلب إلا صندوقاً واحداً مثلاً ولكن وقع خطأ مادي فى الرسالة جعل البائع يعتقد أن المطلوب هو عشرة صناديق ، فإن التعويض الذى يطلبه البائع يكون عن المصلحة السلبية حتى يعود للحالة التى كان عليها لو لم يوجد مظهر هذا التعاقد ، فيرجع بنفقات إرسال الصناديق واستردادها دون المكسب الذى كان يربحه لو تمت الصفقة . فالتعويض عن المصلحة السلبية هنا أقل من التعويض عن المصلحة الإيجابية . -

وقد يكون مساوياً له ، وذلك أن التعويض عن المصلحة السلبية ينطوى هو أيضاً على عنصرين : الخسارة التى لحقت الدائن والمكسب الذى فاته . فإذا فرض أنه عرض على التاجر صفقة لبيع الصناديق العشرة بثلثي ذاته وامتنع عن إتمامها ظناً منه أن الصفقة الأولى قد تمت ، ففي هذه الحالة يرجع أيضاً

بالمكسب الذى فاته إلى المصروفات التى أنفقها ، فيستوى التعويضان - وإذا فرض أن الصفقة التى امتنع عن إتمامها كانت تدر عليه ربحاً أكثر من ربح الصفقة الأولى ولكنك رفضها احتراماً لتعاقده الأول . فإن التعويض عن المصلحة السلبية يكون فى هذه الحالة أكبر من التعويض عن المصلحة الإيجابية . ولكن الظاهر أن الدائن إذا تقاضى تعويضاً عن المصلحة السلبية . فلا يصح أن يجاوز هذا التعويض حدود التعويض عن المصلحة الإيجابية ، وإلا استفاد دون حق من بطلان العقد . - على أن التعويض عن المصلحة السلبية قد يكون فى بعض الفروض منعداً ، ففى المثال الذى نحن بصده إذا فرض أن التاجر تبين بطلان العقد قبل أن يرسل الصاديق إلى المشتري وقبل أن تعرض عليه صفقة أخرى . فإنه لا يتقاضى تعويضاً ما ، إذ لم يفتد مكسب ولم يتكبد خسارة (١) .

٣١٠ - أثر نظرية إهرنج فى القوانين الحديثة : وقد تأثرت بعض

القوانين الحديثة بنظرية إهرنج سالفه الذكر . ونتعقب هذا الأثر فى القانون الألمانى بنوع خاص . ثم نرى إلى أى حد أخذ بالنظرية كل من القانون الفرنسى والقانون المصرى القديم والقانون المصرى الجديد .

أما فى القانون الألمانى فقد أخذ المشرع بنظرية الخطأ عند تكوين العقد ، ولكن لا كنظرية عامة . بل فى مواطن متفرقة . فنص فى المادة ١٢٢ على أنه إذا كان إعلان الإرادة باطلاً وفقاً للمادة ١١٨ (إرادة غير جدية) ، أو طعن فيه بالبطلان على أساس المادتين ١١٩ (الغلط) و ١٢٠ (الخطأ فى نقل الإرادة) ، فعلى من صدرت منه هذه الإرادة إذا كانت موجهة إلى شخص معين أن يعرض هذا الشخص ، وإذا لم تكن موجهة لشخص ما أن يعرض أى شخص ، عن الضرر الذى أصابه لاعتقاده صحة الإرادة . دون أن يجاوز مقدار التعويض حد ماله من المصلحة فى أن تكون الإرادة صحيحة . وينتفع الالتزام بالتعويض إذا كان من أصابه الضرر يعلم أو يجب ضرورة أن يعلم سبب انبطلان أو القابلية للإبطال . وهذا النص تطبيق لنظرية الخطأ عند تكوين العقد فى فروض معينة : فرض الإرادة غير الجدية وفروض الغلط .

(١) إهرنج : أعماله المختارة (الترجمة الفرنسية) جزء ٣ ص ١٨ - ص ٢٢ .

ونصت المادة ٣٠٧ من القانون الألماني على أن الطرف الذي يعلم . أو يجب ضرورة أن يعلم . عند إتمام عقد يرمى إلى عمل مستحيل ، باستحالة هذا العمل ، يلتزم بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذي أصابه من جراء اعتقاده بصحة العقد . دون أن يجاوز مبلغ التعويض حد المصلحة التي لهذا الطرف في صحة العقد . على أنه لا محل للالتزام بالتعويض إذا كان الطرف الآخر يعلم . أو يجب ضرورة أن يعلم . بهذه الاستحالة . وهذا النص تطبيق آخر للنظرية في فرض بطلان العقد لاستحالة المحل . ويتبين بأنه يشترط فيه خطأ في جانب الطرف المسئول ، فهو إما أن يكون عالماً باستحالة تنفيذ العقد وفي هذه الحالة يكون سوء النية ، وإما أن يكون في استطاعته أن يعلم بهذه الاستحالة وفي هذه الحالة يكون مقصراً . فهو مخفي في الحالتين ومسئوليته مبنية على هذا الخطأ . ونلاحظ أن القانون الألماني إذا كان قد أخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد في الفروض التي قدمناها . فإنه لم يبين المسئولية على خطأ عقدي كما فعل إهرنج ، فقد جعل المسئولية تقصيرية في الفرض الأخير كما رأينا . وجعلها مسئولية مادية في الفروض الأولى .

أما في القانون الفرنسي فقد ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى الأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد . واستند سالي في ذلك إلى نص المادة ١٥٩٩ من القانون الفرنسي ، وهو يقضي بأن بيع ملك الغير باطل ويترتب عليه الحكم بالتعويض إذا كان المشتري يعلم أن الشيء مملوك للغير . فصدر التعويض في هذه الحالة . في نظر سالي . لا يمكن أن يكون خطأ من البائع فقد يكون حسن النية . وإنما هو عقد ضمان يستخلص من ظروف التعاقد ، إذ أن البائع بإقدامه على البيع يكون قد تعهد ضمناً بكفالة صحة العقد (١) . على أن جمهرة الفقهاء الفرنسيين لا تأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد . وترى في حالة ما إذا كان العقد باطلاً أن من أتى سبب البطلان من جهته لا يكون مسئولاً إلا إذا ثبت خطأ في جانبه طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية (٢) .

(١) سالي في الالتزامات في القانون الألماني،قرة ١٦١ — أنظر أيضاً هذا المعنى بتوسع

كبير بودرى وبارد ١ ققرة ٣٦٢ .

(٢) بلانيول وريبير وإيمان ١ ققرة ١٣١ وققرة ٣٢٤ — ومع ذلك أنظر ققرة ١٨٩ .

مازو ١ ققرة ١١٦ — ١٢١ — هلنراند ٧٥ و ١٨٩ — م ١٩٠ .

٣١١ - رفض نظرية إهرنج والربوع إلى فكرة الخطأ التفصيري

دور الخطأ العقدي : والواقع من الأمر أن نظرية إهرنج كانت من نظريات الضرورة ، قال بها اضطراباً لما ضاق القانون الروماني عن أن يتسع لحاجات التعامل ، فوسّع من فكرة الخطأ ومن فكرة العقد كما رأينا . أما الآن فنحن في سعة من أمرنا بعد أن تحررنا من قيود القانون الروماني ، وأصبح كل خطأ موجباً للمسئولية أيا كان هذا الخطأ . فإذا ثبت في جانب من أثر سبب البطلان من جهته تقصير كان مسئولاً ، ولن نحار في تكييف هذه المسئولية ، فهي مسئولية تقصيرية مبنية على الخطأ الثابت

على أن نظرية الخطأ عند تكوين العقد نظرية غير صحيحة . فهي بين أمرين . إما أن تجعل قيام سبب البطلان في جانب التعاقد خطأ حتماً ، وقد يكون هذا التعاقد يجهل كل الجهل سبب البطلان ولم يرتكب أى تقصير في ذلك . فالخطأ هنا أقرب إلى فكرة تحمل التبعة منه إلى الخطأ التفصيري . وإما أن ترفض عقداً ضمناً بكفالة التعاقد ، ونحن إنما نتأول هذا العقد ونفسر عليه التعاقد قسراً ولا نمشئ في ذلك مع نيته الحقيقية . على أن هذا العقد الضمني لا يستقيم لنا في كل الأحوال . فلو أن سبب البطلان كان التّقصّر ، أليكون القاصر . وهو غير ملزم بالعقد الصريح الذي تقرر إبطاله لنقص أهليته . ملزماً بالعقد الضمني الذي يكفل به صحة التعاقد ! وأين نقص الأهلية ! ألا يؤثر في العقد الضمني كما أثر في العقد الصريح ! وقل مثل ذلك في حالة بطلان العقد لعدم جدية الإرادة ، فمن كان هالزلاً في العقد الصريح ألا يكون أكثر هزلاً في العقد الضمني ! ثم إن التعويض عن المصلحة السلبية دون المصاحبة الإيجابية ينطوي على شيء من التحكم قد يصعب تبريره في بعض الحالات . كذلك الباقي من المقومات الثلاثة للنظرية - الخطأ والعقد - في كل منهما انحراف غير مستساغ عن القواعد العامة ، وهو انحراف لم نعد الضرورة تبرره . والقانون الألماني ذاته لم يأخذ ، كما رأينا ، بالنظرية كفاعدة عامة ، بل قصر النص فيها على حالات معينة ، وهو في هذه الحالات حاد عن النظرية في الصميم منها ، فلم يجعل المسئولية عقدية ، بل جعلها تقوم تارة على تحمل التبعة وطوراً على التقصير ، وقد تقدم بيان ذلك .

والأولى إذن الرجوع إلى فكرة المسؤولية التقصيرية في الخطأ عند تكوين العقد . واعتبار العقد الباطل واقعة قد استكمل عناصر الخطأ التقصيري فتوجب التعويض . ويكون العقد الباطل من هذه الحالة أيضاً . قد أنتج أثراً عريضاً ، لا باعتباره عقداً ، بل باعتباره واقعة مادية (١) .

المطلب الثاني

آثار الأصلية للعقد الباطل

٣١٢ - **لائى غرض يربى العقد الباطل آثاره الأصلية :** قد يربى القانون في بعض الحالات على العقد الباطل آثاره الأصلية ، لا باعتباره واقعة مادية كما هو الأمر في الآثار العرضية ، بل باعتباره عقداً . فيكون هو والعقد الصحيح بمنزلة سواء . وفي هذا خروج صريح على القواعد العامة . يبرره أن هذه الحالات ترجع بوجه عام إلى فكرة حماية القانون للظاهر (apparence) لاسيما إذا اصطحب بحسن النية (bonne foi) ، وهذه رعاية واجبة لاستقرار التعامل . فالظاهر المستقر الذى اطمأنت إليه الناس في تعاملهم يبقى في حماية القانون حتى لو خالف الحقيقة ، ويقوم كما لو كان هو الحقيقة ذاتها . هذا الأصل الجوهري من أصول القانون ، الذى تدرج تحته نظرية الإرادة الظاهرة ونظرية التصرف المجرد ونظرية الصورية في مختلف تطبيقاتها لا يمتد أيضاً ليشمل العقد الباطل فيرتب عليه آثاره الأصلية كما لو كان عقداً صحيحاً .

٣١٣ - **أمنر من عقود باطله ترتب آثارها الأصلية :** ونورد بعض الأمثلة على ما قدمناه . فمن ذلك الشركة التجارية التى لم تستوف الإجراءات الواجبة قانوناً ، فإنها تقع باطله ، ومع هذا فقد قضت المادة ٥٤ من قانون التجارة بأنه إذا قضى ببطالان الشركة ، فإن تصفية حقوق الشركاء عن المعاملات التى تمت قبل طلب البطلان تجرى وفقاً لشروط الشركة التى قضى ببطالانها . وهذا

(١) مارتن الدكتور حلمى مهجت بدوى في أصول الالتزامات فقرة ١٧٤ - فقرة ١٧٩ - ولا يفيد عن البال أننا ، وقد جعلنا المسؤولية التقصيرية ، نوجب الأخذ بقواعد هذه المسؤولية . فيجب على من يطالب بالتعويض إثبات أن العقد الباطل قد استكمل عناصر الخطأ ، لأن الخطأ واجب الإثبات هنا . ونجب أيضاً أن نلاحظ أن الخطأ التقصيري يختلف عن الخطأ التقصى في الأهلية وفي التعويض وفي الإعذار وفي التضامن وفي الإعفاء الاتفاقى من المسؤولية ، وسيأتى على ذلك الكلام عند الكلام في المسؤولية التقصيرية .

الحكم يجعل عقد الشركة الباطل ينتج آثاره الأصلية كما لو كان عقداً صحيحاً .
ووجه ذلك أن الشركة التي قضى بطلانها تعتبر في المدة السابقة على الحكم
بالبطان شركة واقعية (société de fait) . تنتج الآثار التي تنتجها الشركة
الصحيحة . ويعتبر تعامل الغير مع الشركة صحيحاً . ويجوز للشركاء الربح
ويتحملون الخسارة . ويقسمون مال الشركة طبقاً للشروط التي اتفقوا عليها
في العقد الباطل .

ومن ذلك ما نصت عليه المادة ١٠٣٤ من القانون الجديد من أنه «يبقى
قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند
ملكه أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر . إذا كان هذا الدائن
حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن» . ويتبين من هذا النص أن عقد
الرهن الصادر من شخص لا يملك العقار المرهون - إذ أن سند ملكه قد
أبطل أو فسخ أو ألغى أو زال لأي سبب - يبقى بالرغم من بطلانه مترتباً
عليه آثاره الأصلية . ومن أهمها قيام حق الرهن لمصلحة الدائن المرتهن .
وشبه بذلك المالك إذا فسخ سند ملكه . فإن أعمال الإدارة التي صدرت
منه قبل الفسخ . وبخاصة عقود الإيجار التي لا تزيد مدتها على ثلاث سنوات ،
تبقى قائمة بالرغم من فسخ سند الملكية بأثر رجعي . وذلك حماية لاستقرار
التعامل في أعمال الإدارة .

ويتصل بذلك العقد الصوري . وهو عقد لا وجود له . ومع ذلك يقوم
بالنسبة إلى الغير حسن النية إذا تعامل على مقتضاه . وكالعقد الصوري
تصرفات الوارث الظاهر . فإنها تبقى رعاية لاستقرار التعامل . وهناك
تطبيقات أخرى كثيرة للمبدأ القاضي بأن الخطأ الشائع يقوم أمام القانون
(error communis facit jus) .

المبحث الثاني

الإجازة والتقدم

٣١٤ - مقارنة بين العقد الباطل والعقد القابل للإبطال من حيث

الإجازة والتقدم : لعقد الباطل لا وجود له منذ البداية . فلا يتصور أن
تأخذه الإجازة أو أن يتقدم لإفخ بطلان . أما العقد القابل للإبطال فهو في مرحلته

الأولى، كما رأينا. يرتب جميع آثاره كالعقد الصحيح، وإنما يكون لأحد المتعاقدين الحق في طلب إبطاله. ويزول هذا الحق بالزول عنه، وهذه هي الإجازة، أو بانقضاء مدة معينة دون أن يستعمل. وهذا هو التقادم. فالعقد القابل للإبطال إذن، خلافاً للعقد الباطل، تلحقه الإجازة ويرد عليه التقادم (١).
وفصل الآن ما أجملناه.

المطلب الأول

(Confirmation) الإجازة

§ ١ - العقد الباطل

٣١٥ - **المقر الباطل لا تلحقه الإجازة** : نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤١ من القانون الجديد على أنه «إذا كان العقد باطلاً لاجاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان : وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها : ولا يزول البطلان بالإجازة» (٢).

والعقد الباطل لا تلحقه الإجازة لأنه معدوم. والعدم لا يصير وجوداً ولأجيز. وإذا كانت المادة ٤٨٩ من القانون الجديد قد نصت على أنه

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التبيدي في هذا الصدد ما يأتي : « وتظهر أهمية التفريق بين البطلان المطلق والبطلان النسبي من وجوه : (ب) ومادام البطلان المطلق يستتبع اعتبار العقد معدوماً، فلا يتصور إطلاقاً أن ترد عليه الإجازة. ويختلف عن ذلك حكم العقود القابلة للبطلان، فهي تصحح بالإجازة، ولو كانت ضمنية، بشرط أن تتوافر شروط صحتها وقت الإجازة (كبلوغ المتعاقدين القاصر سن الرشد وقت الإجازة مثلاً) وأن تكون الإجازة ذاتها مبرمة عن العيب، إذ ينبغي أن تستكمل ما يلزم من الشروط لصحتها باعتبارها تصرفاً قانونياً. وإذا كان أثر الإجازة يستند، أو ينطوئ على الماضي، إلا أنها لا تضر بحقوق الغير. فلا تضر الإجازة مثلاً من يشترى عقاراً كان قد سبق ماله كبيع، إذا كان الشراء قد تم بعد صدور البيع الأول وقبل إجازة هذا البيع. ولما كان التدليس والإكراه من قبيل الأفعال الفاسدة التي تلحق بها صفة التصبر المدني، فيظل مرتكبهما مشلولاً عما وقع منه بمقتضى القواعد العامة، رغم إجازة التعاقد الآخر للتعاقد، ما لم تنطو الإجازة على إسقاط هذه المشاوية. (ج) ومادام العقد المطلق البطلان معدوماً، أو غير موجود، فلا يتصور أن يرد عليه التقادم. وعلى النقيض من ذلك بعدم البطلان النسبي بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ إنشاء العقد، أو بانقضاء ثلاث سنوات من تاريخ زوال قس الأهلية أو تبين العلة أو التدليس أو انتطاع سلطان الإكراه. ٢. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٦ - ص ٢٥٧). »
(٢) أنظر تاريخ النص فيما يلي (فقرة ٣١٩ في الخاضع).

« إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعب في الشكل . فلا يجوزهم أن يسردوا ما سلموه » . فإن ذلك يحمل على أن القانون هو الذى يعين الجزاء على مخالفة الشكل كما قدمنا . فيجوز أن يجعل العقد الباطل لعب في الشكل قابلاً لأن تلحقه الإجازة . أو يقال إن الهبة الباطلة من ناحية الشكل يتخلف عنها . بالنسبة إلى الواهب وإلى ورثته . التزام طبعى ، إذا قام أحد منهم بتنفيذه مختاراً كان هذا وفاء لا يسرد طبقاً لقواعد الالتزام الطبعى (١) .

٣١٦ - ولكن يجوز محمد بن مبريد : وإذا كان العقد الباطل

لا تلحقه الإجازة . فإن هذا لا يمنع من أن يعاد عمله من جديد . وهناك فرق بين الإجازة (confirmation) وعمل العقد من جديد (refection) (٢) . فالإجازة . كما سنرى ، عمل قانونى صادر من جانب واحد هو الخبير . ولما أثر رجعى يستند إلى وقت نشوء العقد الخجاز . أما عمل العقد من جديد فيقتضى توافق الإرادتين لأنه عقد جديد . ويكون تاريخ هذا العقد من وقت صدوره لا من وقت صدور العقد الباطل . ولذلك يجب توافر الأهلية في كل من المتعاقدين وقت عمل العقد الجديد . ويكتفى بتوافرها في الخبير وقت الإجازة .

٢٨ - للعقد القابل للإبطال

٣١٧ - العقد القابل للإبطال تلحقه الإجازة : نصت المادة ١٣٩

من القانون الجديد على ما يأتى :

- ١ - يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية .
- ٢ - وتستند الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد . دون إخلال بحقوق

(١) وقد قضت محكمة الإسكندرية الكلية لونية بأن الهبة باطلة شكلاً ليست مجردة من كل الآثار القانونية ، إذ يثبت عنها التزام أدبى في ذمة الواهب ، بمعنى أنه إذا أودع لا يستطيع استرداده ، ومعنى أنه ينقلب التزاماً مديناً إذا حصل استبداله (٣٠ مايو سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ٣٢٤ من ٦٥٣) .

(٢) كما يوجد فرق بين هذين وبين إقرار العقد (ratification) . بإقرار العقد عمل قانونى صادر من جانب المقر ، وهو من الغير ، فيجعل العقد بهذا الإقرار سارياً في حقه ، كمثل ذلك يبرئ الغير للسلطة ، وكلواكل بقر عقداً أبرمه الوكيل مخوفاً به حدود الوكالة .

لغير (١).

وقد قلنا أن الإجازة تلحق العقد القابل للإبطال لأن له وجوداً قانونياً مدام بطلانه لم يتقرر . وإن كان هذا الوجود مهدداً بالزوال . فإذا لحقته الإجازة استقر .

والإجازة عمل قانوني صادر من جانب واحد . فلا حاجة لاقتران قبول بها . ولا يمكن المرحوع فيها بحجة أن القبول لم يصدر (٢) .

والذي يميز العقد هو الذي يثبت له الحق في التمسك بالبطلان . فنأقصد الأهلية ومن شاب رضاه عيب مما لا بد أن تصدر منهما الإجازة . وهذا ما يقضى به المطلق القانوني ، لأن الإجازة نزول عن التمسك بالبطلان . ولا يترتب عن الحق إلا من يملكه (٣) . ويجب في الميز وقت الإجازة أن يكون كامل

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٩٨ من المشروع التقيدي على الوجه الآتي :

« ١ - العقد الباطل بطلاناً نسبياً تصححه الإجازة الصريحة كما تصححه الإجازة الضمنية . وتنحصر الإجازة على الأشخاص إذا نفذ العقد مختاراً من له الحق في طلب البطلان وعموماً بذلك . ويشترط لإجازة العقد أن تكون مبررة . وقت الإجازة الشروط اللازمة لصحته ، وأن تكون الإجازة دائماً حاصلة من كل عيب . ٢ - وتنحصر الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد ، دون إخلال بمضمونه . » ، في حصة المراجعة حوز النص تعويلاً لفظياً ، وأصبح رغم المادة ١٥٣ في المشروع النهائي . « وعلى مجلس النواب على إجازة دون تعديل . وفي حصة القانون المدني فخلص : « مع عدم أن يكون الفترة الأولى من المادة كما يأتي : « نزول حتى إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية » مع حذف نص الفقرة لأن في القواعد العامة ما بقي عن إبرادها . ثم نقلت المادة إلى الفقرة الثانية من المادة فتسأل الرئيس كيف غل الإجازة حقوق الغير . « يجب أن غالب يتحقق مثلاً في حالة شخص باع منزله مرتين وكان البيع الأول قابلاً للإبطال . فمراي البائع إجازة هذا العقد ، فاشترى الثاني تباع ممانته لأن التصرف الثاني يعتبر بمثابة سائر من حق الإجازة ، ولذلك يجب عدم نقض الإجازة في حق المشتري الثاني وبعد مناقشة طويلة انتهى رأي اللجنة إلى استبقاء الفقرة الثانية « تضمنت عبارة « دون إخلال بحقوق الغير » ، وأقرت اللجنة النص في النهاية على الوجه الوارد في المتن الجديد . وأصبح رقم المادة ١٣٩ - ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة . (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٢٤٠ - ص ٢٤٦) .

(٢) استضافت بمجلس في ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٦٥ .

(٣) وقد يبرهن ملك الغير ، إذ يجوز له أن تصدر الإجازة من المالك المختار مع أنه لا يملك التمسك بالبطلان . ويفسر هذا غاية البطلان في بيع ملك الغير ، وعلى الرغم من أن هذا البيع لا يترتب الملكية له المشتري ، فإذا أجاز المالك الحق في العقد لم يعد هناك مانع من إبطال الملكية ، بمعنى غاية البطلان ، بطلان .

الأهلية بالنسبة إلى العقد الذي يحيزه . وألا تشوب الإجازة - وهي عمل قانوني كما قدمنا - عيب من عيوب الإرادة . غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . ومن أجل ذلك لا تصح الإجازة إلا إذا زال السبب الذي قرر القانون من أجله البطلان . فناقض الأهلية لا يستطيع إجازة العقد ما دام ناقص الأهلية . فإذا استكمل أهليته جاز له ذلك . ومن شاب رضاه عيب لا تكون إجارته صحيحة ما دام تحت تأثير هذا العيب ، حتى إذا انكشف الغلط أو افترض التدليس أو ارتفع الإكراه صحت الإجازة بعد ذلك .

وتكون الإجازة صريحة أو ضمنية . ولا يشترط في الإجازة الصريحة أن تشمل على بيانات معينة (قارن م ١٣٣٨ من القانون المدني الفرنسي) . بل كل عبارة يفهم منها الإجازة تصح . بشرط أن تكون نية المحيز في الإجازة واضحة (١) . والإجازة الضمنية تكون بتنفيذ العقد من جانب من له الحق في التمسك بالبطلان (٢) . أو بإثباته عملاً مادياً يدل على نزوله عن التمسك بالبطلان (٣) ، أو بتصرفه تصرفاً يفهم منه بوضوح أنه أبجاز العقد كما إذا اشترى قاصر عيناً وبعد البلوغ تصرف فيها باعتباره مالكاً وهو عالم بأن له حق إبطال العقد الذي اشترى به العين (٤) . وعبء إثبات الإجازة يقع على الطرف الآخر

(١) استئناف مختلط في ١٧ بوجية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤١٧ - وفي ٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٢٦١ - والتون ١ ص ١٤٩ .

(٢) استئناف مختلط في ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٨ - وفي ٢ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٣١ .

(٣) كبنائه على الأرض التي اشتراها . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن استيلاء الشريك على الجزء المرفز الذي وقع في نصيبه بعد القسمة وقيامه فيه بالأعمال التي يقوم بها المالك في ملكه بعد أن كشف أمين الذي شاب عقد القسمة بغير إجازة صنية للعقد (٢٩ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧) - كذلك بعد إجازة ضمنية للقسمة استيلاء القاصر بعد بلوغه سن الرشد على ربح جزء المرفز الذي وقع في نصيبه في قسمة تمت دون مراعاة الإجراءات القانونية وقت أن كان قاصراً ، واستمراره مدة طويلة على هذه الحال .

(٤) استئناف مختلط في ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٤ - وفي ٢ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢١٥ . وتصرف البائع في اثنين إجازة صنية ليس قابل الإبطال (استئناف مختلط في ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٦٥) . وسماع القاصر بعد بلوغه سن الرشد لو كنه بالاستمرار في الإدارة إجازة ضمنية للعقد الوكالة (استئناف مختلط في ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ م ٣٢ ص ١١٤) . واصحاب القاصر بعد بلوغه سن الرشد لآتيه في طلب قسمة عقار له نصيبه الحره سمية لانه تمت دون مراعاة الإجراءات القانونية بل بولوج القاصر من =

غير المجيز ، ولما كانت الإجازة غير صادرة منه فله أن يثبتها بجميع الطرق ولو بالبينة أو بالقرائن (١) .

٣١٨ - أثر الإجازة : وإذا أجزى العقد القابل للإبطال ، زال

حق المتعاقدين التمسك بإبطال العقد ، واستقر وجود العقد نهائياً غير مهدد بالزوال . وهذا معناه أن العقد ينقلب صحيحاً بوجه بات . ويعتبر صحيحاً من وقت صدوره لا من وقت الإجازة ، لأن للإجازة أثراً رجعياً . ولكن هذا الأثر لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين ، لا بالنسبة إلى الغير ممن كسب حقاً عينياً على الشيء موضوع العقد . فلو أن قاصراً باع عيناً ، وبعد بلوغه سن الرشد وقبل إجازته للبيع رهن العين ، فإن إجازته للبيع بعد ذلك لا تضر الدائن المرتهن ، وتنتقل العين إلى المشتري مثقلة بحق الرهن (٢) .

= الرشد (استئناف مختلط في ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ من ١٧٥) . واستجار القاصر بعد بلوغه سن الرشد للمقار الذي باعه وهو قاصر إجازة ضمنية للبيع (استئناف وطني في ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٥٣ من ١٢٣) — ولا يعتبر تنفيذ الالتزام مع التحفظ الصريح إجازة ضمنية (استئناف مختلط في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ من ٤٥) — ويجرد السكوت عن طلب البطلان لا يعتبر إجازة مهما طالت المدة ، إلا إذا سقط الحق بالتقادم (استئناف مختلط في ٣ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ١٤٦) — وفي ١٥ يونيو سنة ١٩٢٦ م (٣٨ من ٤٧٢) ، ما لم يفهم من هذا السكوت أن المتعهد قد نزل عن طلب البطلان (بني سويف الجزئية في ٣١ مارس سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ من ١٣٣) — ولا يعتبر إجازة ضمنية أن يدفع التعاقد بوجه من وجوه البطلان ويترك الوجوه الأخرى (استئناف مختلط في ٢٦ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ من ٢٨٥) ، ولا دخول التعاقد في مفاوضات للصلح لم تكن منتجة (السكندرية المختاطة التجارية في ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ جازيت ١٦ رقم ١ من ٤) ، ولا الإمضاء على محضر حصر التركة المشار فيه إلى العقد القابل للإبطال ما دام من أمضى لا يقصد بإمضائه إجازة العقد .

(١) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٠٦ — غارن دي هلتس ١ لفظ (confirmation) فقرة ١٢ .

(٢) ومن الفقهاء من يقول بعكس هذا الرأي على الترخيع الآتي : البيع الصادر من القاصر صحيح حتى يقرر بطلانه ، ولذلك تنتقل الملكية إلى المشتري ، ويكون الرهن الصادر من القاصر بعد بلوغه سن الرشد صادراً من غير مالك ، فلا يسرى في حق المالك وهو المشتري ، وبعد إجازة انبثق تنتقل العين نهائياً إلى المشتري خالية من الرهن (بلانيول ٢ فقرة ١٣٠١) . هذا وإذا كان العقد القابل للإبطال من شأنه أن يشهر حتى يصير حجة على الغير ، فلا حاجة لإعادة شهره بعد إجازته ، ويبقى الشهر الأول حافظاً لحجيته (بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٠٤ من ٤١٨ — بودري وبارد ٣ فقرة ١٩٩٢) .

والإجازة لا تناول إلا العيب المقصود بهذه الإجازة . فإن كانت هناك غيوب أخرى بقی باب الطعن مفتوحاً من أجلها . ومن ثم إذا تعاقدا قاصر وكان واقفاً في غلط ، وأجاز العقد بعد بلوغ سن الرشد فيما يتعلق بنقص الأهلية . بقی له الحق في إبطال العقد للغلط .

المطلب الثاني

التقادم

§ ١ - العقد الباطل

٣١٩- دعوى البطلان تسقط بالتقادم : نصت الفقرة الثانية من المادة ١٤١ من القانون الجديد على ما يأتي : « وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد » (١) .

(١) تاريخ النص (المادة ١٤١ بفقرتها) : ورد هذا النص في المادة ١٩٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « للمتقاعدين وللخلف العام والحاس والدائنين التمسك بأوجه البطلان الواردة في المادة السابقة ، كما أن للحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها ، وهذا البطلان لا تلحقه الإجازة ولا يزول بالتقادم » . وفي لجنة المراجعة عدل صدر المادة واستعملت عبارة « كل ذي مصلحة » لأنها أكثر شمولاً من التعبير الوارد في النص الأصل . وطرحت مسألة زوال البطلان بالتقادم ، وبعد المناقشة والرجوع إلى الاستفتاءات قررت اللجنة أن تسقط دعوى البطلان بالتقادم ، ولكن الدفع بالبطلان لا يسقط . مثال ذلك حجة باطلة شكلاً إذا لم يعلم الواهب الشيء الموهوب ، ومضى على الحجة أكثر من ١٥ سنة ، ورفع الموهوب له دعوى يطلب بالموهوب بمقتضى عقد الحجة الباطل ، فله الواهب أن يدفع بالبطلان حتى بعد مرور ١٥ سنة . أما إذا كان الواهب في هذا المثال قد سلم الحجة للموهوب له بعد سنتين مثلاً من وقت العقد ، ثم انقضت ١٣ سنة من وقت التسليم ، وأراد الواهب أن يرفع دعوى بطلان الحجة ، فلا يجوز له ذلك ، لأن دعوى البطلان تكون قد سقطت بمضي ١٥ سنة من وقت الحجة . ويلاحظ أن التقادم هنا هو التقادم المقتطع ، لا التقادم المكسب الذي يقتضى أن الموهوب له بعد تسلم الحجة يضع يده عليها خمس عشرة سنة . وأقرت لجنة المراجعة نص المادة بعد إضافة فقرة ثانية على النحو الآتي : « وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد دون الدفع به » ، وأصبح رقم المادة ١٤٥ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص بعد تعديلات . وحذفت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عبارة « دون الدفع به » من الفقرة الثانية لأن من المنطوق عليه أن الدفع لا تقادم . وأصبح رقم المادة ١٤١ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٠ - ص ٢٥٣) .

وكان المنطق يقضى بأن البطلان المطلق لا يزول بالتقادم ، لأن العقد الباطل معدوم . والعدم لا يتقاب وجوداً مهما طال عليه الأمد . وقد كان هذا رأينا في عهد القانون القديم (١) . ولكن القانون الجديد ، تمشياً مع محكمة النقض الفرنسية (٢) ومع بعض الفقهاء الفرنسيين (٣) ، قرر أن دعوى البطلان المطلق تسقط بالتقادم بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت العقد (٤) . وكان المشروع التمهيدى للقانون الجديد (م ١٩٤) يقضى بأن البطلان المطلق لا يزول بالتقادم ، فعكس المشروع النهائى الحكم ، وانتقل الحكم معكوساً الى القانون الجديد على النحو المبين فى الأعمال التحضيرية (٥) .

فإذا مضى على صدور العقد الباطل خمس عشرة سنة ، ثم رفع ذو مصلحة دعوى البطلان ، أمكن دفعها بالتقادم . ذلك أن أوضاعاً قد استقرت منذ صدور العقد الباطل ، وبقيت دهرًا طويلا ، فوجب احترامها عن طريق إسقاط دعوى البطلان . ولكن هذا لا يعنى أن العقد الباطل ذاته قد انقلب صحيحاً ، فهو لا يزال باطلا . ولكن الدعوى ببطلانه لا تسمع لسقوطها بالتقادم .

٣٢٠ - ولكن الرفع بالبطولانه لا يسقط بالتقادم : ولأن العقد

الباطل لا ينقلب صحيحاً بالتقادم ، بل يبقى كما كان دائماً معدوماً ، فالرفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم مهما طالّت المدة . فإذا باع شخص أرضاً ، وكان البيع باطلا ، ولم يسلم الأرض للمشتري . ومضى على صدور البيع خمس عشرة سنة ، فهو لا يستطيع أن يرفع دعوى بطلان البيع لسقوطها بالتقادم . ولكن ما دامت الأرض فى يده ولم يسلمها للمشتري ، فهو فى غير حاجة إلى رفع دعوى البطلان . وإذا رفع المشتري دعوى على البائع يطالبه بتسليم الأرض ، استطاع البائع أن يدفع الدعوى ببطلان البيع حتى بعد انقضاء

(١) نظرية العقد المؤلّف فقرة ٢٥ .

(٢) نفس فرنسى فى ٥ مايو سنة ١٨٧٩ دالاور ١٨٨٠ - ١ - ١٤٥ .

(٣) بلايول وريبير وإيمان ١٠ فقرة ٣١٠ .

(٤) أنظر أيضاً فى هذا المبنى الدكتور حلى بهجت مدوى بك فقرة ١٦١ .

(٥) أنظر تاريخ نص المادة ١٩٤ والأعمال التحضيرية الخاصة بها . وقد سبق ذكرها فى

هذه الفقرة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٠ - ٢٥٣) .

خمس عشرة سنة . لأن الدفع بالبطلان لا يسقط كما قدمنا .

وحتى إذا سلم البائع الأرض للمشتري : ومضى على صدور البيع خمس عشرة سنة ، فإن البائع يستطيع أن يسترد الأرض من المشتري ، لا بدعوى بطلان البيع فقد سقطت هذه الدعوى بالتقادم ، ولكن بدعوى الاستحقاق وهى لا تسقط أبداً . فإذا تمسك المشتري فى دعوى الاستحقاق بالبيع الباطل ، دفع البائع ببطلان البيع والدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم كما رأينا . فيتمكن البائع عن طريق دعوى الاستحقاق أن يسترد الأرض . ما لم يكن المشتري قد كسب ملكيتها بالتقادم المكسب . وهذا شيء آخر لا علاقة له بالتقادم المسقط لدعوى البطلان (١) . على أنه يلاحظ ، من الناحية العملية المحضة ، أن البائع يرى نفسه بعد تقادم دعوى البطلان ، وهى دعوى شخصية بسيرة الإثبات ، مضطراً لأن ينتقل إلى دعوى الاستحقاق . وهى دعوى عينية أكثر تعقيداً وأصعب إثباتاً .

وكذلك المشتري إذا كان قد دفع الثمن فى بيع باطل . وأراد استرداده بعد انقضاء خمس عشرة سنة من صدور البيع ، جاز أن يسترده ، لا بدعوى بطلان البيع ، ولكن بدعوى استرداد ما دفع دون حق . فإذا تمسك البائع فى دعوى الاسترداد بالبيع الباطل دفع المشتري ببطلانه وهو دفع لا يسقط . فيتمكن المشتري عن طريق دعوى استرداد ما دفع دون حق أن يسترد الثمن ، ما لم تسقط دعوى الاسترداد ذاتها بانقضاء خمس عشرة سنة تبدأ من وقت دفع الثمن لا من وقت صدور البيع .

ويتبين من ذلك أن سقوط دعوى البطلان بالتقادم ليس بذى أثر كبير . فقد رأينا أن تقادم هذه الدعوى لا يمنع البائع من استرداد المبيع إذا كان قد سلمه ولا من استبقائه إذا كان لم يسلمه ، ولا يمنع المشتري من استرداد الثمن إذا كان قد دفعه ولا من الامتناع عن دفعه إذا كان لم يدفعه . أما إذا

(١) وهذا بخلاف ما إذا كان العقد قابلاً للإبطال ، فإن بطلان العقد يزول بالتقادم كما سنرى . وفى المثل الذى نحن بصدد ، لو كان البيع قابلاً للإبطال وتقدمت الدعوى ، فإن المشتري يكسب ملكية الأرض ، لاعتن طريق التقادم المكسب لحق الملكية ، بل عن طريق عقد البيع ذاته الذى غطى التقادم عنه .

فقد التنازع هذه في سنة داد سبع ، نوبع على المشتري حقه في استرداد الثمن .
فإن ذلك لا يرجع إلى التقادم المسقط لدعوى البطلان . بل إلى التقادم المكسب
لحق الملكية أو التقادم المسقط لدعوى الاسترداد (١) .

٢٥ - العقد القابل للإبطال

٣٢١ - الدعوى والرفع بسقطته بالتقادم: نصت المادة ١٤٠ من

القانون الجديد على ما يأتي :

« ١ - يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث
سنوات . »

٢ - ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول
فيه هذا السبب ، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي ينكشف فيه ،
وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه . وفي كل حالة لا يجوز التمسك بحق
الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت
تمام العقد ، (٢) .

(١) أنظر الدكتور حلمي بهجت بدوي بك فقرة ١٦١ ص ٢٤٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٩٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

١ - لا يجوز الطعن في عقد باطل بطلاناً نسبياً إذا لم يقم من له حق الطعن فيه بإعلان البطلان
لطرف الآخر في ظرف ثلاث سنوات . ٢ - ويبدأ سريان هذه المدة إذا كان سبب البطلان
عدم توافر الأهلية من الوقت الذي يزول فيه هذا السبب ، وإذا كان سبب البطلان وجود
غلط أو تدليس من الوقت الذي ينكشف فيه الغلط أو التدليس ، وإذا كان سبب البطلان هو
الإكراه من اليوم الذي ينقطع فيه الإكراه ، وإذا كان السبب هو الاستغلال من اليوم الذي
يتم فيه العقد . وفي كل حال لا يجوز التمسك بالبطلان لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمسة عشر عاماً
من وقت تمام العقد . ٣ - يسقط كذلك بالتقادم الدعوى التي يراد بها إقصاء الالتزامات في حالة الاستغلال
إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت العقد . وأدخلت لجنة المراجعة في النص بعض تعديلات فظية
وأصبح رقم المادة ١٤٤ من المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص . وفي لجنة القانون
المدني مجلس الشيوخ حذفت من الفقرة الثانية الإشارة إلى الاستغلال وحذفت كذلك الفقرة
الثالثة بأكملها ، لأن حكم سقوط الحق في رفع الدعوى المترتبة على الاستغلال قد واجهته الفقرة
أول من المادة ١٣٣ (م ١٢٩ فقرة ثانية جديد) . وأصبح رقم المادة ١٤٠ . ووافق مجلس
الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التجميعية ٢ ص ٢٤٦ - ص ٢٤٩)

ومن هذا النص يتبين أن الحق في إبطال العقد يسقط بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة حسب الأحوال . فإذا انقضت هذه المدة انقلب العقد صحيحاً ، ولا يجوز بعد ذلك إبطاله لا عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع (١) . وهكذا يستقر الوجود القانوني للعقد بعد أن كان مهددًا بالزوال . ويصبح العقد في حكم المجاز . يثبت وجوده منذ صدوره . إذ للتقادم أثر رجعي كما للإجازة . ولكن هناك فرقاً بين عقد لحقته الإجازة وعقد زال بطلانه بالتقادم من حيث حقوق الغير . فقد قدما أن الإجازة لا تضر بحقوق الغير ، أما في زوال البطلان بالتقادم فحقوق الغير تتأثر . مثل ذلك أن يبيع قاصر عبثاً . ولا يتمسك بعد بلوغه سن الرشد بإبطال العقد ، فيتقادم البطلان ويؤول ، ويعتبر البيع صحيحاً منذ صدوره . فلو أن البائع بعد أن بلغ سن الرشد وقبل تقادم البطلان رتب على العين رهناً . ثم تم التقادم ، فإن ملكية العين تخلص للمشتري غير مثقلة بحق الرهن . وهذا عكس ما قررناه في حالة الإجازة .

ويلاحظ أن هناك فرقاً جوهرياً بين تقادم دعوى البطلان في العقد الباطل وتقادمها في العقد القابل للإبطال . فقد قدما أن تقادم دعوى البطلان في العقد الباطل لا يقبل العقد صحيحاً . بل يبقى العقد باطلاً . ولكن دعوى البطلان هي التي لا يجوز سماعها لتقادمها . أما تقادم البطلان في العقد القابل للإبطال فيقبل العقد صحيحاً كما رأينا . ويبقى العقد مرتباً لجميع آثاره بوجه بات .

٣٢٢- مرة التقادم : وقد كانت مدة التقادم في العقد القابل

للإبطال في القانون القديم خمس عشرة سنة تسرى من وقت صدور العقد . وقد رأى القانون الجديد أن هذه مدة طويلة يبقَى خلالها العقد غير مستقر ، ومن أجل ذلك

(١) ويلاحظ أن الدفع بالإبطال في العقد القابل للإبطال يختلف عن الدفع بالبطلان في العقد الباطل في أن الدفع في الحالة الأولى هو في حقيقته دعوى وكذلك هو في صورته ، إذ يستخذ من ناحية الإجراءات ، صورة دعوى فرعية يقيسها المدعى عليه وطلب فيها إبطال العقد ، أما الدفع في الحالة الثانية فهو دفع محض من ناحية الموضوع ومن ناحية الإجراءات . ومن ثم فالدفع بالإبطال يتقادم ، لأنه دعوى والدعوى يرد عليها التقادم . أما الدفع بالبطلان فلا يتقادم ، لأنه دفع والدفع لا يتقادم .

حجر : ثلاث سنوات فقط . يبدأ سريانها من وقت استكمال ناقص الأهلية لأهليته . أو من وقت انكشاف الغلط أو التدليس . أو من وقت انقطاع الإكراه . بحسب الأحوال . فإذا تعطل بدء سريان التقادم مدة طويلة ، بأن لم يكشف الغلط مثلاً إلا بعد أربع عشرة سنة . فإن الحق في إبطال العقد يتقادم في هذه الحالة بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد . لا بانقضاء ثلاث سنوات من وقت انكشاف الغلط ، لأن المدة الأولى هي الأقصر . فالتقادم يكون إذن بأقصر الأجلين : ثلاث سنوات من وقت زوال العيب أو خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد . ولا تكون المدة الثانية أقصر من المدة الأولى إلا في حالات استثنائية كالحالة التي تقدم ذكرها . وأياً كانت مدة التقادم ، فإنها توقف وتنقطع وفقاً للقواعد المقررة في التقادم .

وقد حذا القانون الجديد في تقصير مدة تقادم البطلان حذو القوانين الحديثة . أما القانون السوري الجديد فقد أمعن ، كالقانون السويسري ، في تقصير مدة التقادم في البطلان ، فنصت المادة ١٤١ من هذا القانون على أن تكون هذه المدة سنة واحدة . وسرى أن القانون المصري الجديد جعل مدة التقادم ثلاث سنوات أيضاً في الدعاوى التي تنشأ عن العمل غير المشروع وعن الإثراء بلا سبب . ولكن العلة تختلف هنا عنها هناك . فقد روعي في تقصير المدة في تقادم البطلان أن يستقر العقد في خلال مدة معقولة ، فلا يبقى مزعماً مدة طويلة . وروعي في تقصير المدة في تقادم الدعاوى التي تنشأ عن العمل غير المشروع وعن الإثراء بلا سبب أن الالتزامات في هذه الدعاوى لم يكن مصدرها إرادة الملتزم ، فهي تختلف من هذه الناحية عن الالتزامات العقدية التي تنشأ بإرادة المدين ولا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في العمل غير المشروع وفي الإثراء بلا سبب . ويلاحظ أن مدة التقادم في الاستغلال - وهو عيب من عيوب الرضاء - أقصر من مدته في العيوب الأخرى . فقد مر بنا أن دعوى الاستغلال يجب أن ترفع في خلال سنة من تاريخ العقد (م ١٢٩ فقرة ٢) ، فتكون المدة في الاستغلال أقصر من ناحيتين : ناحية القياس الزمني وناحية مبدأ السريان

٣٢٣- سر بارسدة التقادم الجبردة على العقود المبرمة قبل نفاذ القانون

الجبريد : ولما كان القانون الجديد قد قصر مدة التقادم في البطلان على النحو الذي قررناه . فإن هذه المدة القصيرة هي التي تسرى بالنسبة إلى العقود التي أبرمت قبل نفاذ القانون الجديد إذا كان التقادم فيها لم يكتمل وقت نفاذ هذا القانون . وذلك ما لم يكن الباقي من مدة التقادم المقررة في القانون القديم أنقصر من المدة التي قررها القانون الجديد (٨٠ جديد) . ويتضح ذلك في المثال الآتي : قاصر أكرم عقداً في أول يناير سنة ١٩٤٨ ، وبلغ سن الرشد في ١٥ يناير سنة ١٩٤٩ . فيدرك القانون الجديد ، في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، هذا العقد وتقدم البطلان فيه لا يزال سارياً . إذ بدأ هذا السريان منذ بلوغ القاصر سن الرشد في ١٥ يناير سنة ١٩٤٩ . ولا يتم التقادم بحسب القانون القديم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة ، أي في ١٤ يناير سنة ١٩٦٤ . فيجب في هذه الحالة أن تسرى المدة القصيرة التي قررها القانون الجديد . وهي ثلاث سنوات ، ويكون مبدأ سريانها من وقت العمل بالقانون الجديد . أي من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . فيتم التقادم في ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٢ وفقاً للقانون الجديد . لا في ١٤ يناير سنة ١٩٦٤ وفقاً للقانون القديم .

أما إذا كان القاصر قد بلغ سن الرشد في ١٥ يناير سنة ١٩٣٦ . وكان قد أبرم العقد قبل ذلك ، فإن التقادم يتم في هذه الحالة في ١٤ يناير سنة ١٩٥١ وفقاً للقانون القديم ، لا في ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٢ وفقاً للقانون الجديد (١) .

المبحث الثالث

تقرير البطلان

(دعوى البطلان)

٣٢٤- مسائل مهمات : يعنينا في تقرير البطلان أن نبحث مسائل ثلاثا :

(١) من الذي يتمسك ببطلان العقد . (٢) وكيف يتقرر البطلان . (٣) وما

(١) أنظر في كل ذلك المادة ٨ من القانون الجديد . ونعمود لتطبيق هذه المادة في شأن التقادم في العمل غير المشروع . ويقاس تطبيقها في شأن التقادم في الإثراء بلا سبب على كل من هذين التطبيقين .

الأثر الذى يترتب على تقريره .

المطلب الأول

من الذى يتمسك بالبطلان

٣٢٥ - العقد الباطل والعقد القابل للإبطال : فى العقد الباطل يجوز

أن يتمسك بالبطلان كل من له مصلحة فى ذلك ، بل وللمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها . أما فى العقد القابل للإبطال ، فلا يتمسك بالبطلان إلا المتعاقد الذى تقرر البطلان لمصلحته دون المتعاقد الآخر (١) .
ونفصل ما أجملتناه .

§ ١ - العقد الباطل

٣٢٦ - النصوص القانونية : نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤١

على ما يأتى :

«إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالإجازة » (٢) .
وقد كان المشروع التمهيدى أوضح بياناً فى تعيين ذوى المصلحة الذين لهم أن يتمسكوا بالبطلان . فكانت المادة ١٩٤ من هذا المشروع تنص على أن «للمتعاقدين وللخلف العام والخاص وللدائنين التمسك بأوجه البطلان

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « فإدام البطلان المطلق يستتبع اعتبار العقد معدوماً — وليس ثمة حل للتفريق بين العقد الباطل والعقد المعدوم — فيجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ولو لم يكن طرفاً فى التعاقد ، كالتأجير مثلاً فى حالة بطلان بيع الشيء المؤجر بطلاناً مطلقاً ، بل ويجوز للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه . أما البطلان النسبى فلا يجوز أن يتمسك به إلا طرف من أطراف التعاقد هو الطرف الذى يشرع البطلان لمصلحته ، ويكون من واجبه أن يقدم الدليل على توافر سببه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٦) . وكان المشروع التمهيدى يقضى فى المادة ٢٠٠ منه بأن « كل من ادعى سبباً للبطلان المطلق أو النسبى يكون عليه إثباته » ، فحذف هذا النص فى المشروع التامى لعدم الحاجة إليه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٤ — ص ٢٥٥ فى الهامش) .

(٢) أنظر تاريخ النص آنفاً فقرة ٣١٩ فى الهامش .

لإعادة في المادة السابقة .

٣٢٧- يتمسك بالبطانون كل زى مصلحة والمحمك من نفاء نفسها

أنه تقضى به : العقد الباطل لا وجود له كما قدمنا . وسرى أن بطلانه يتقرر عادة عن طريق الدفع . وقد تقضى الضرورة العملية في بعض الحالات أن يكون تقرير البطلان عن طريق الدعوى . وسواء كان تقرير البطلان عن طريق الدفع أو عن طريق الدعوى ، فإن الذى يستطيع أن يتمسك بالبطلان هو كل شخص له مصلحة في ذلك (١) .

والمصلحة هنا يراد بها حق يؤثر فيه صحة العقد أو بطلانه . ويترتب على ذلك أن مجرد المصلحة . دون قيام هذا الحق . لا يكفي . فلا يجوز مثلاً أن يتمسك الحار ببطلان بيع صدر من جاره لآخر بحجة أن له مصلحة في التخلص من جوار المشتري الجديد . ولا يحق لتاجر أن يطلب تقرير بطلان شركة ليتخلص من منافستها له .

ولكن إذا كان صاحب المصلحة له حق يؤثر فيه بطلان العقد جاز له التمسك بالبطلان . ففي البيع الباطل يستطيع كل من المتعاقدين أن يتمسك بالبطلان : البائع حتى يسترد المبيع . والمشتري حتى يسترد الثمن . ودائماً كل من البائع والمشتري لهم أن يتمسكوا بالبطلان ، لا بطريق الدعوى غير المباشرة فحسب ، بل أيضاً بطريق مباشر . وذلك ليستردوا المبيع أو الثمن فينفذوا عليه بحقوقهم . وورثة كل من البائع والمشتري يتمسكون بالبطلان لرد المبيع أو الثمن إلى التركة . وذلك أيضاً بمقتضى حق مباشر لهم . وكل شخص رتب له البائع أو المشتري حقاً عينياً أو حقاً شخصياً بالنسبة إلى العين المبيعة يجوز له أن يتمسك بالبطلان ، فالمرتهن من البائع يطلب انبطلان حتى يسلم له حق الرهن . والمرتهن من المشتري يطلب البطلان حتى يسترد الدين ، ومستأجر العين المبيعة من البائع يطلب البطلان حتى يبقى في العين ولو كان عقد الإيجار غير ثابت التاريخ ، ومستأجرها من المشتري يطلب البطلان

(١) مكمة المنصورة الكلية الوطنية في ١٤ فبراير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٣ رقم ١١٢

حتى يسرد الأجرة . وكل هؤلاء يطلبون البطلان . لا عن طريق استعمال حق مدينتهم بالدعوى غير المباشرة . بل بمقتضى حق مباشر لهم . فالذين يجوز لهم التمسك بالبطلان إذن هم المتعاقدان والدائنون والخلف العام والخلف الخاص .

بل للمحكمة أيضاً أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها . لأن العقد الباطل ليس له وجود قانوني . والقاضي لا يستطيع إلا أن يقرر ذلك .

٣٢٨ - متى يجوز التمسك بالبطلان : إذا كان التمسك بالبطلان عن

طريق الدعوى . فلا بد من رفعها في خلال خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد ، وإلا سقطت بالتقادم . أما إذا كان التمسك بالبطلان عن طريق الدفع ، فيجوز ذلك في أى وقت كما سبق القول . ويجوز إبداء الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى ، كما يجوز إيدأؤه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (١) .

٢٤ - العقد القابل للإبطال

٣٢٩ - النصوص القانونية : نصت المادة ١٣٨ من القانون الجديد

على ما يأتي :

« إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد . فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق » (٢) .

وقد كان المشروع التمهيدى يورد هذا النص على وجه يبين الحكمة فيه ،

(١) استئناف مختلط في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ س ٣٥ (وكان الدفع بالبطلان للقط ، وهو في هذا مثل الدفع بالبطلان المطلق) . وقضت محكمة النقض بأن الدفع بالبطلان ، الذي جوزت المادة ١٣٣ من قانون المرافعات (قديم) إيدأؤه قبل الدخول في موضوع الدعوى وقضت المادتان ١٣٨ و ١٣٩ مرافعات (قديم) بسقوط الحق فيه بالحضور أو بالرد على الورقة الباطلة ، بما يفيد اعتبارها صحيحة ، إنما هو الدفع الخامس ببطلان صحيفة افتتاح الدعوى وبطلان أوراق الإجراءات والمرافعات . فليس يصح تعدية هذه الأحكام إلى الدفع ببطلان العقود ، لأن الدفع يكون عنده من الدفع الموضوعية التي يجوز تقديمها في أية حالة تكون عليها الدعوى أو تطبق عليه أحكام الإجازة الخاصة إذا كان البطلان نسبياً لا مطلقاً (قضى مدني في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٤ بمجموعة عمر ١ رقم ٢١٣ ص ٥١٠) .

(٢) أنظر تاريخ النص فيما يلي (فقرة ٣٣٥ في الهامش) .

فكانت المادة ١٩٦ من هذا المشروع تنص على أنه « ليس لغير الأشخاص الذين تقرر البطلان النسبي لمصلحتهم أن يتمسكوا بأوجه البطلان الواردة في المادة السابقة » .

٣٣٠- لا يتمسك بالبطور إلا المتعاقد الذي تقرر البطور لمصلحته :

العقد القابل للإبطال لم تقرر قابليته للإبطال إلا لمصلحة أحد المتعاقدين . فهذا المتعاقد وحده ، دون المتعاقد الآخر ، هو الذي يجوز له أن يتمسك بالبطلان . فإذا كان سبب القابلية للإبطال نقص الأهلية ، فناقص الأهلية وحده هو الذي يتمسك بالبطلان (١) . وإذا كان السبب هو عيب شاب الإرادة ، فن شاب إرادته العيب هو الذي يتمسك بإبطال العقد . وفي بيع ملك الغير المشتري وحده هو الذي يتمسك بالبطلان .

ولا يستطيع أن يطلب إبطال العقد لا الدائن ولا الخلف العام ولا الخلف الخاص بمنتهى حق مباشر لهم ، ولكن يستطيعون ذلك باعتبارهم دائنين للمتعاقد ، فيستعملون حقه في طلب إبطال العقد عن طريق الدعوى غير المباشرة . كذلك لا تستطيع المحكمة أن تقضي بإبطال العقد من تلقاء نفسها إذا لم يتمسك بالإبطال المتعاقد ذو المصلحة .

٣٣١- متى يجوز التمسك بالبطور : ويجوز التمسك بالبطلان ، دعوى

أو دفعا ، ما دام البطلان لم يسقط بالتقادم بانقضاء المدة المقررة ، ثلاث سنوات من وقت زوال العيب أو خمس عشرة سنة من وقت نشوء العقد . ويجوز إبداء الدفع بالبطلان في أية حالة كانت عليها الدعوى على النحو الذي يبينه في العقد الباطل .

(١) وقد يكون كل من المتعاقدين ناقص الأهلية فكل منهما أن يتمسك بالبطلان ، ولا يكون العقد لذلك باطلا بل يبقى قابلا للإبطال ، تصبح إجازته وبزول بطلانه بالتقادم ، ولو كان العقد باطلا لا حاز ذلك .

المطلب الثاني

كيف يتقرر البطلان

§ ١ - العقد الباطل

٣٣٢ - لا حاجة إلى حكم لتقرير البطلان: لما كان العقد الباطل ليس له وجود قانوني ، فلا حاجة إذن لصدر حكم بإبطاله ، ولا ضرورة للحكم بالعدم على معدوم . وهذه نتيجة منطقية تستقيم في كثير من الأحوال . فلا يحتاج من له مصلحة في تقرير البطلان أن يرفع دعوى بذلك ، وما عليه إلا أن يعتبر العقد الباطل معدوماً ، ويصدر في تصرفه عن هذا الاعتبار . فلو كان العقد الباطل بيعاً ، كان للبائع دون أن يحصل على حكم ببطلان البيع أن يتصرف في المبيع ، فهو لا يزال في ملكه ، ويكون بيعه صحيحاً . وإذا رفع المشتري في هذا المثل دعوى يطالب فيها بالمبيع ، أمكن البائع أن يدفع هذه الدعوى ببطلان البيع .

فالذي يتمسك بالبطلان في العقد الباطل يفعل ذلك في أكثر الأحوال عن طريق الدفع لا عن طريق الدعوى .

٣٣٣ - ولكن قد تنفي الضرورة العملية بالحصول على حكم :

وذلك يتحقق إذا قضت الضرورة على المتمسك ببطلان عقد باطل أن يبادر إلى رفع دعوى البطلان . ويعرض هذا في بعض فروض عملية . منها أن يكون البائع في بيع باطل قد سلم المبيع إلى المشتري ، وأراد أن يسترده ، فهو بين أن يرفع دعوى البطلان في مدى خمس عشرة سنة أو يرفع دعوى الاستحقاق في أي وقت ، فإذا رفع دعوى البطلان حصل على حكم ببطلان العقد . ومنها أن يكون وجه البطلان فيه خفاء ، لا سيما إذا كان البطلان يرجع إلى تقدير القاضي كما إذا كان سببه مخالفة النظام العام أو الآداب ، ففي مثل هذه الحالة تدعو الضرورة من له مصلحة في التمسك بالبطلان أن يرفع دعوى بذلك حتى يطمئن إلى تقدير المحكمة فيما ذهب إليه .

والحكم الذي يصدر في دعوى البطلان لا يبطل العقد الباطل ، بل يقتصر

على الكشف عن بطلانه .

٢٨ - العقد القابل للإبطال

٣٣٤ - لا يتقرر البطلان إلا بالاتفاق أو بالنقض: أما العقد القابل للإبطال

فله وجود قانوني إلى أن يتقرر بطلانه . ومن ثم لا بد في تقرير البطلان من التراضي أو التقاضي . أما التراضي فيتم بين المتعاقدين بشرط أن تتوافر الأهلية في كل منهما . فإذا لم يتم الاتفاق على إبطال العقد ، فالعقد لا يبطل حتى يرفع ذو المصلحة من المتعاقدين دعوى البطلان ويحصل على حكم بذلك . وحكم القاضي هو الذي يبطل العقد . أي ينشئ البطلان ، ولا يقتصر على الكشف عنه كما في العقد الباطل . ولكن إذا رفعت دعوى الإبطال ووجد سببه قائماً . فالقاضي لا يملك إلا أن يبطل العقد . وليس له حق التقدير الذي سراه له في حالة النسخ (١) .

٣٣٥ - فهو يتقرر بإرادة منفردة : ويتبين من ذلك أن المتعاقد

ذا المصلحة إذا لم يستطع الاتفاق مع المتعاقد الآخر على إبطال العقد ، فليس أمامه إلا أن يرفع دعوى البطلان ليحصل على حكم بإبطال العقد . ولا يجوز له أن يستقل بإعلان البطلان بإرادته المنفردة ، كما أجاز ذلك لكل من القانون الألماني وقانون الالتزامات السويسري (٢) . وقد كان المشروع النهائي للقانون الجديد يتضمن نصاً يجيز إبطال العقد في حالة نقص الأهلية عن طريق الإعلان بالإرادة المنفردة ، فكانت الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « ويكفي لإبطال

(١) استضاف مخطوط في ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٩٣ .

(٢) تنص الفقرة الأولى من المادة ١٤٣ من القانون الألماني بأن الإعلان يتقرر بإعلان يتوجه إلى الطرف الآخر . وتنص المادة ٣١ من قانون الالتزامات السويسري بأن العقد إذا شاب غلط أو تدليس أو إكراه يعتبر قد أُجبر إذا كان الطرف الذي يلزمه هذا العقد سكت سنة دون أن يعلن للطرف الآخر تصميمه على إبطاله ، أو دون أن يتردد مادفعه ، وتسرى السنة من وقت انكشاف الغلط أو التدليس أو من وقت زوال الإكراه (أنظر في ترجيح هذا الحكم نظرية العقد المؤلف من ٦٤٨ م ٢ ص ٢٨٨ رقم ٢ وهامش رقم ٣)

العقد بسبب نقص الأهلية إعلان المتعاقدين الآخر بذلك إعلاناً رسمياً بين فيه سبب البطلان وأدلته . فإذا تم الإعلان على هذا الوجه اعتبر العقد باطلاً من وقت صدوره ، دون إحلال بحق المتعاقدين الآخر في التمسك بصحة العقد بدعوى يرفعها في خلال سنة من وقت وصول الإعلان . وقد حذفت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ هذا النص «توخياً لتعميم القواعد المتعلقة بطلب الإبطال ، ونجهاً لما يحتمل أن ينشأ عن تطبيق النص المقترح من صعوبات عملية» (١) .

المطلب الثالث

أثر تقرير البطلان

٢٣٦ - النصوص القانونية : نصت المادة ١٤٢ من القانون الجديد

على ما يأتي :

(١) كان هناك نصان في المشروع التهديد هما اللذان يقابلان المادة ١٣٨ من القانون الجديد ، وكانا يجريان على الوجه الآتي : م ١٩٦ - ليس لغير الأشخاص الذين تقرر البطلان النسي لمصلحتهم أن يتسكروا بأوجه البطلان الواردة في المادة السابقة . وهذا البطلان تلحقه الإجازة وبزول بالتقديم م ١٩٧ - ١ : يكفي في تقرير البطلان النسي إعلان الطرف الآخر به إعلاناً رسمياً - ٢ : وإذا كان العقد باطلاً إعلاناً نسبياً ، وتقرر بطلانه ، اعتبر باطلاً من وقت صدوره ولكنه يبقى منتجاً لآثاره حتى يتقرر البطلان - ٣ : على أن لإبطال العقود النافذة للملكية لا يضر بالغير حسن النية إذا ترتب له حق على عقار قبل تسجيل الإعلان بالبطلان . وفي لجنة المراجعة أدمج النصان في مادة واحدة ، بعد حذف الفقرة الثالثة من المادة ١٩٧ لأن حكمها ورد في مكان آخر ، وبعد جعل جواز إبطال العقد بمجرد الإعلان مقصوراً على حالة نقص الأهلية مع إعطاء الحق للطرف الآخر في التمسك بصحة العقد بدعوى يرفعها في خلال سنة ، وبعد تحويل في اللفظ يعمل النص أقرب إلى التطبيق العملي من التقرير الفقهى ، فأصبح النص في المشروع النهائي (م ١٤٢) يجري على الوجه الآتي : ١ - إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد ، فليس للمتعاقد الآخر أن يتسك بهذا الحق - ٢ - ويكفي لإبطال العقد بسبب نقص الأهلية إعلان المتعاقدين الآخر بذلك إعلاناً رسمياً بين فيه سبب البطلان وأدلته ، فإذا تم الإعلان على هذا الوجه اعتبر العقد باطلاً من وقت صدوره دون إحلال بحق المتعاقدين الآخر في التمسك بصحة العقد بدعوى يرفعها في خلال سنة من وقت وصول الإعلان . ووافق مجلس النواب على هذا النص - وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ دارت مناقشات طويلة حول تقرير بطلان العقد لنقص الأهلية عن طريق الإعلان ، وانتسبت اللجنة في ذلك ، ثم وانقت الأغلبية على عدم قبول هذا الحكم وعلى حذف الفقرة الثانية توخياً لتعميم القواعد المتعلقة بطلب الإبطال ونجهاً لما يحتمل أن ينشأ عن تطبيق النص المقترح من صعوبات عملية . وأصبح رقم المادة ١٣٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لحنه (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٢٣٥ - م ٢٤٠) .

١ - في حالة إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل .

٢ - ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية . إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد ، (١) .

وبتبيين من ذلك أن العقد الباطل أو القابل للإبطال ، إذا تقرر بطلانه ، يعتبر كأن لم يكن فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير . ونستعرض كلا من هاتين الحالتين .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٠١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

١ - إذا تقرر بطلان العقد بطلاناً مطلقاً أو نسبياً ، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد . فإذا كان ذلك مستحيلاً استبدل به تعويض يعادله . ٢ - ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية ، إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد . ٣ - لا يجوز لمن وفي بالتزام مخالف للأداب أن يسترد مادمه ، إلا إذا كان هو في التزامه لم يخالف الآداب . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً لتجنب استعمال ألفاظ البطلان المطلق والبطلان النسبي ، وحذفت الفقرة الثالثة لأنها لا تنمى مع منطوق البطلان . فأصبح النص مطابقاً لأوجه الوارد في القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ١٤٦ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . ووافقت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عليها دون تعديل أيضاً ، وأصبح رقمها ١٤٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٥٤ - من ٢٥٩) .

هذا وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « يد أن عبء إثبات البطلان يقع دائماً على عاتق من يتسك به . ونتج القاعدة نفسها ، بل ويكون اتباعها أولى فيما يتعلق بالبطلان المطلق . فإذا حكم بالبطلان المطلق أو النسبي استند أثره ، واعتبر العقد باطلاً من وقت نشوئه ، دون أن يحل ذلك بما يكون الغير حسن النية قد اكتسب من حقوق عقارية ، سجلت قبل تسجيل إعلان التصريح بالإعلان في حالة البطلان النسبي (وقد انبج المشروع التمهيدي نظام تقرير البطلان النسبي عن طريق الإعلان كما رأينا) . ويلتزم كل من المتعاقدين بأن يرد ما تسلمه بمقتضى العقد . ويستثنى من هذه القاعدة حالتان : أولاً حالة ناقص الأهلية ، فهو لا يسأل عن الرد إلا وفقاً لتواعد الإنشاء بلا سبب . والثانية حالة وفاة أحد المتعاقدين بالتزام في عقد باطل لسبب مخالفته للأداب ، فلا يجوز لمثل هذا المتعاقد أن يسترد ما أدى إذا نسب إليه ما يخالف الآداب . ودل هذا النوع بأن المشروع وجه الحكم في مسألة أثر بشأنها خلاف شديد (أنظر المادتين ١٣٠٥ و ١٣٠٦ من التفتين الإسباني ، والمادة ٦٩٢ من التفتين البرتغالي ، والمادة ٢٧ من المشروع الفرنسي الإجمالي ، والمادتين ٧٧/٧٢ من التفتين التونسي والمراكشي ، والمادة ٨١٧ من التفتين الألماني ، والمادة ٦٦ من تفتين اللاترانات السويسري ، والمادة ١٣٢ من التفتين البولوني ، والمادة ٩٧١ من التفتين البرازيلي ، والمادة ١٨٠ من التفتين الصيني ، والمادة ١٤٧ من التفتين السوفيتي) .

١٩- غيابين المتعاقدين

٣٣٧ - نوال كل أثر للعقد : إذا تقرر بطلان العقد زال كل أثر له (١) ، وأرجع كل شيء إلى أصله . وجاز الحكم بتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية .

فإذا كان العقد بيعاً وتقرر بطلانه . رد للمشتري المبيع إلى البائع . ورد البائع الثمن إلى المشتري . ويرد المشتري المبيع بثمراته من وقت المطالبة القضائية إذا كان حسن النية ، وفي مقابل ذلك لا يلتزم البائع بالفوائد عن الثمن الذي يرده إلا من وقت المطالبة القضائية كذلك . وهكذا يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد . واسترداد كل متعاقداً أعطاه إنما يكون على أساس استرداد ما دفع دون حق بعد أن تقرر بطلان العقد .

أما إذا أصبح الاسترداد مستحيلاً بأن هلك المبيع مثلاً في يد المشتري وبخطأ منه (٢) . حكم القاضي بتعويض معادل . فألزم المشتري برد قيمة المبيع وقت الهلاك طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية لا على أساس العقد الذي تقرر بطلانه . وألزم البائع برد الثمن على أساس دفع غير المستحق .

وإذا كان العقد زمنياً كالإيجار وتقرر بطلانه ، فالمنفعة التي استوفها المستأجر قبل تقرير البطلان يجب أن يعوض عنها . وقد يقدر التعويض بمقدار الأجرة ولكنه لا يكون أجرة فلا يكفله حق امتياز .

(١) فيما عدا ما قدمناه من آثار عرضية أو أصلية ترتب على العقد الباطل .

(٢) أما إذا هلك المبيع في يد المشتري بقوة فاهرة ، فلما كان البائع إنما يرجع على المشتري طبقاً لأحكام دفع غير المستحق كما قدمنا ، كان الواجب في هذه الحالة تطبيق هذه الأحكام . وهي تقضى — كما سئرى عند السلام في دفع غير المستحق — بأن يشتري إذا كان حسن النية ، أى يعتقد أنه سلم ما هو مستحق له ، فلا يكون مشولاً إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هلاك العين ، وللبائع في جميع الأحوال أن يسترد المبيع التالف في الصورة التي آت إليها بعد التلف دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف . أما إذا كان المشتري سيئ النية ، أى يعلم أنه سلم شيئاً غير مستحق له ، ألزم برد قيمة المبيع وقت الهلاك ، ولا يفيه من هذه المسؤولية إلا أن ثبت أن المبيع كان يهلك ولو كان في يد البائع (قانون نظرية العقد للمؤلف ص ٦٥٣ هامش رقم ١) .

بقي أن نشير إلى حالتين خاصتين : (١) حالة عدم المشروعية (٢) وحالة نقص الأهلية .

٣٣٨ - مائة عدم المشروعية: (*) اشتمل المشروع التمهيدى للقانون

الجديد على نص في هذا الصدد . فقضت الفقرة الثالثة من المادة ٢٠١ من هذا المشروع بأنه « لا يجوز لمن وفي بالتزام يخالف للآداب أن يسترد ما دفعه إلا إذا كان هو في التزامه لم يخالف الآداب » . فحذفت هذه الفقرة في المشروع الهائى « لأنها لا تتماشى مع منطق البطلان » . ذلك أن منطق البطلان تقضى في العقد الباطل ، أيا كان سبب البطلان ، بإعادة كل شىء إلى أصله ، فإذا كان أحد المتعاقدين سلم شيئاً للآخر تنفيذاً للعقد الباطل جاز له استرداده .

إلا أن قاعدة رومانية قديمة كانت لا تسلم بهذه النتيجة المنطقية في العقد الباطل لعدم المشروعية . فإذا سلم أحد المتعاقدين للآخر شيئاً تنفيذاً لعقد غير مشروع ، لم يكن له أن يسترد ما سلم إلا إذا كان عدم المشروعية غير آت من جهته . مثل ذلك شخص يعطى للآخر مالاً ليؤد له ماسرقة منه . فيستطيع أن يسترد المال لأن عدم المشروعية غير آت من جهته . أما في الرشوة والانصال الجنسي غير المشروع والمقامرة وما إلى ذلك . فإن أعطى المال لا يستطيع أن يسترده . لأن عدم المشروعية آت من جهته أو هو شريك فيه . فهو طرف ملوث لا يجوز له أن يحتج بغش صدر من جانبه (Nemo auditur propriam turpitudinem allegans) . وقد أحرم الفقه الفرنسي هذه القاعدة بآدى الأمر (١) .

(*) أنظر في هذا الموضوع وجعفر (Wagner) في بطلان السبب غير المشروع رسالة من أريس سنة ١٩٠٠ - أريس (Arbus) في السبب غير المشروع رسالة من مولييه سنة ١٩٠٣ - ساوتيه (Savater) آثار الواجب الأدنى وجزاؤه رسالة من بواتيه سنة ١٩١٦ من ٢٣٩ وما بعدها - كابتان في السبب فقرة ١١٤ - فقرة ١١٩ - دموع ٢ فقرة ٨٧٧ - فقرة ٨٨٠ - والتون ١ ص ٣٤٧ - ص ٣٥٤ - الدكتور حلى بهجت بدوى بك في مقال له في مجلة القانون والاقتصاد ٤ ص ٣٦٠ - ص ٣٦٣ .

(١) بولييه ٦ فقرة ١٢٦ و ١١ فقرة ٦٢ - ١ أوبرى و دو ٦ فقرة ٠٤١ مكرر ص ٣٢٠ خامس رقم ٨ - لارومبيير ١١٣٣ فقرة ١٠ .

ثم تحول عنها لأن مشروع الفرنسي لم ينقلها إلى نصوصه (١). أما القضاء الفرنسي فقد كان يدرمها كذلك . ثم أخذ هو أيضاً يتحول عنها . وأصبح الآن لا يطبقها إلا في العقود المخالفة للآداب (٢).

ولا يزال القضاء المصري يحترم القاعدة (٣) . ولم يخرج عليها إلا في أحكام قليلة (٤).

- (١) ديمولومب ٢٧ غرة ٤٣ — لوران ١٦ فقرة ١٦٤ — هيك ٨ فقرة ٣٩٢ —
 بنوار من ٦٥٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ٣١٦ — ديموج ٢ فقرة ٨٧٨ من ٨١٠ .
 (٢) أنظر تحليلاً تفصيلاً في القضاء الفرنسي في كايتمان في السبب فقرة ١١٥ — فقرة ١١٨ .
 ويستخلص كايتمان من استمرار القضاء الفرنسي في هذه المسألة أن هذا القضاء لا يطبق القاعدة
 الرومانية في جميع العقود غير المشروعة ، بل يقصر تطبيقها على العقود المخالفة للآداب دون
 العقود المخالفة للقوانين أو للنظام العام . ويذهب في ذلك إلى أن العقود المخالفة للآداب لا يلقى
 أن تنتظر فيها المحاكم ، بل الجدير أن تنسل يدها من مثل هذه القضايا اللوثة ، فلا تحكم فيها
 بقبول أو برفض : أنظر بنوع خاص في هذا المعنى محكمة بوردج الاستثنائية في ١٣ يونية سنة
 ١٨٨٩ دالوز ٨٩ — ٥ — ٣٢٩ — محكمة الجزائر الاستثنائية في ٥ مايو سنة ١٨٩٤
 سبيرة ٩٤ — ٢ — ٣٠٢ — وأنظر محكمة النقض الفرنسية في ٤ يناير سنة ١٨٩٧ دالوز
 ٩٧ — ١ — ١٢٦ في الاتصال الجنسي غير المشروع — وفي ١٥ مارس سنة ١٩١١
 دالوز ١٩١١ — ١ — ٣٨٢ في الرشوة — وانظر أيضاً ديموج ٢ فقرة ٨٧٧ .
 (٣) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٨ أبريل سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٨٥
 من ١٦٠ — محكمة الاستئناف المختلطة في ١٤ مارس سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للقضاء
 المختلط ١٣ من ١١٥ — وانظر في القضاء المصري تفصيلاً نظرية العقد للوثل من ٦٥٥
 هامش رقم ٣ ومرجع القضاء ، ملحق م ١٤٧ رقم ٥٢٧٧ — ٥٢٨٣ — بطوروس ٢
 من ٤٣٥ — س ٤٣٦ . هذا وقد ذهبت بعض الأحكام في مصر إلى مدى أبعد مما ذهبت إليه
 القاعدة الرومانية ذاتها ، فقضت بأن من يدفع فوائد تربو على النصاب القانوني ليس له أن يطلب
 استئصال ما دفعه زيادة عن ذلك النصاب من أصل دينه (استئناف وطني في ١٦ فبراير سنة
 ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٦٦ — وفي ٩ مارس سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ من ٢١٧
 رقم ٢٢٩ — استئناف مختلط في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ من ٦٢ — وفي ١٤ مارس
 سنة ١٩١٧ م ٢٩ من ٢٨٨) . ذلك أن المدين الذي دفع الفوائد الربوية غير ملوث ، والملوث
 هو الدائن الذي اضطر المدين إلى ذلك (أنظر في جواز استرداد الفوائد الربوية استئناف مختلط
 في ٤ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ من ١٤٧ — والمادة ٢٢٧ فقرة أولى من القانون الجديد) .
 (٤) محكمة مصر الكلية الوطنية في ٥ يونية سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٨٥/٣
 من ٢٢٤ — وقضت محكمة الطائرين الجزئية في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (الطائرين ١٣ رقم
 ٣٠٧ من ٦٠٣) بأنه وإن اختلف الآراء في جواز استرداد ما دفع تفليذاً لتمهيد لأمم على سبب
 مخالفة للآداب أو للنظام العام ، إلا أنه مما لا شك فيه أن نتيجة الرأي القائل بعدم جواز
 الاسترداد يؤدي حتماً إلى إقرار حالة يأبأها القانون ، لأن حرباً أمد العاقدين من استرداد =

وقد أخذت التفتيات الحديثة بالقاعدة الرومانية ، من ذلك النصين الألمانى (م ١١٧) ونصين الالتزامات السويسرى (م ٦٦) والمشروع الفرنسى لإبطال (م ٢٧ فقرة ٢) (١) .

ومهما يكن من أمر فإن القاعدة الرومانية التى كانت أساساً لهذه الحركة التفتية والقضائية والتشريعية هى قاعدة معينة من الوجهتين المنطقية والعملية ، فنطق البطلان بفضى بأن يكون الاسترداد جائزاً فى كل الأحوال ، حتى لا يترتب أثر على العقد الباطل . وإذا كان الرومان يثبتون الاسترداد على من كان ملوثاً من الطرفين ، فذلك يرجع إلى خاصية فى القانون الرومانى قد زالت . وذلك أن العقد فى هذا القانون كان يستمد قوته الملزمة من شكله . فإذا أعطى المتعاقد الذى سلم الشئ ، حتى استرداده ، فلم يكن ذلك لأن العقد الشكلى غير ملزم ، بل كان عن طريق إعطاء المتعاقد دعوى خاصة (*condictio ob turpem causam*) ، من العدل أن تنكر على من كان ملوثاً من الطرفين إذ لا يصبح جديراً بها . أما الآن فالوضع القانونى للمسألة قد تغير ، وأصبح العقد غير المشروع ليست له قوة ملزمة حتى بالنسبة إلى الطرف الملوث . ولم يعد هناك محل للنظر فى إعطائه دعوى الاسترداد أو إنكارها عليه ما دام العقد غير ملزم له . والوجه العملى للمسألة ، كوجه المنطقى ، يقضى هو أيضاً بأن يكون الاسترداد جائزاً فى كل الأحوال . فإدام الغرض محاربة العقود غير المشروعة ، فلم يكن ذلك يمنع الطرف الملوث من استرداد ما سلمه لطرف ملوث مثله ، إذ يكون بقاء المال فى يد هذا الطرف الآخر - كالموظف يستبقى الرشوة ، والمأجور على جريمة يستبقى الأجر - أبلغ فى التشجيع على الفساد من سلبه إياه . وما على المجرمين إذن إلا أن يتعاملوا نقداً حتى يأمنوا

== ما دونه عقاباً له على ما فرط منه من أنه تمكن العائد الآخر من الاستمتاع بما حصل عليه جزاء على إجرامه أو تدليه أو خروجه على الآداب العامة . ومهما قال أنصار هذا الرأى فى تأييده فإن الأوفق والأكثر انطباقاً على القانون ألا ترتب على العقد الذى يلبى غير المشروع أى أثر قانونى وأن تعود الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد ، وبكى المسترد عقاباً ما يناله من تشهير يترتب على إذاعة محتويات العقد وما كان يدره فى المعامحة للعقد والآداب .

(١) وأخذت بها بعض التفتيات الأقدم عهداً : القانون النمساوى (م ١١٧٤) والقانون الإنسانى (م ١٣٠٥ - ١٣٠٦) والقانون البرتغالى (م ٦٧١ - ٦٩٢) - ويقضى بأن المال الذى لا يسترد يكون ملكاً للجريمة تصرفه فى أغراض خيرية .

غائلة القانون !!

لذلك أحسن القانون الحديد صنفاً في إغفاله النص الذي كان المشروع التمهيدى يشتمل عليه . وقد حذف في المشروع النهائى كما قدمنا ، لأنه نص لا يتمشى مع منطق البطلان . وإذا كانت هناك أحوال تقتضى النظر ، فإن القواعد العامة تكفى في معالجتها ، كما إذا كان هناك ضرر أحدثه الطرف الذى يريد الاسترداد بالطرف الآخر . مثل ذلك شخص اتصل بامرأة اتصالاً غير مشروع في مقابل مال أعطاه إياها . وهو يريد الآن استرداد هذا المال . في مثل هذه الحالة لا نتردد في إنكار الاسترداد عليه . وتستبقى المرأة المال ، لا بمقتضى العقد فهو باطل لا ينتج أثراً . ولا بمقتضى القاعدة الرومانية فهى قاعدة عتيقة لا يجوز الأخذ بها بعد أن زالت مقتضياتها ، بل على سبيل التعويض عن الضرر الذى أصاب المرأة من هذا الاتصال غير المشروع (١).

٣٣٩ - مائة نفس الأهلية : وإذا كان العقد قابلاً للإبطال لنقص

أهلية أحد المتعاقدين . وأبطل ، فإن ناقص الأهلية يسترد ما دفع تطبيقاً للقواعد التى قدمناها . أما المتعاقد الآخر فلا يسترد من ناقص الأهلية إلا مقدار ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد . كما تقول الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ وقد تقدم ذكرها . والأصل في ذلك قاعدة عامة قررتها المادة ١٨٦ من القانون الحديد في دعوى غير المستحق ، إذ قضت بأنه «إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذى أثرى به» . وسأأتى ببيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في حالة الوفاء لناقص الأهلية في دعوى غير المستحق .

٢٤ - بالنسبة إلى الغير

٣٤٠ - تأثر من الغير بالبطور : ولا يقتصر أثر البطلان على العلاقة

فيما بين المتعاقدين ، بل يجاوزها إلى الغير . فإذا رتب المشترى على العين التى

(١) هذا وإذا اعتبرنا أن القانون الجديد قد جاء مفسراً للقاعدة القانونية التى يجب اتباعها في صدد العقود غير المشروعة وجواز استرداد ما دفع تنفيذاً لها ، فإنه يطبق بأثر رجعى ، شأن سائر القوانين المعسرة ، ويسرى على جميع العقود ، حتى التى أبرم منها في ظل القانون القديم . أما إذا اعتبرنا القانون الجديد قد استحدث الحكم الذى أتى به ، فإن هذا الحكم لا يسرى على العقود التى أبرمت في ظل القانون القديم فلا يجوز فيها الاسترداد . ويسرى على العقود التى أبرمت في ظل القانون الجديد فيجوز الاسترداد فيها . ونحن نقبل إلى اعتبار الحكم مستحدثاً ، لأنه أتى مخالفاً لما حثت عليه السكينة من الأحكام

اشترأها بعقد باطل أو قابل للإبطال حقاً عينياً ، رهناً أو حق ارتفاق مثلاً ، ثم تقرر بطلان البيع . فإن البائع يسترد العين خالية من الحقوق العينية التي رتبها المشتري . كذلك لو باع المشتري العين من آخر . فإن البائع بعد تقرير البطلان يستردها من المشتري الثاني .

٣٤١- وجوب تسجيل دعوى البطلان: على أن البائع في المثل المتقدم ،

حتى يستوثق من الوصول إلى هذه النتيجة ، يجب عليه أن يسجل دعوى البطلان أو أن يشر بها على هامش تسجيل العقد الباطل . فقد نصت المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري على أنه «يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي يتضمنه المحرر وجوذاً أو صحة أو نقاداً ، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع ، فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر تسجيل تلك الدعاوى» . وتنص المادة ١٧ من هذا القانون على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل تلك الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما» .

ويتبين من ذلك أن الغير إذا تلقى حقاً عينياً بعد تسجيل دعوى البطلان ، فإن حقه يزول بتقرير بطلان العقد : سواء كان سىء النية أو كان حسن النية . أما إذا تلقى الحق العيني قبل تسجيل دعوى البطلان ، فالظاهر من نص المادة ١٧ أن حقه يزول إذا كان سىء النية . ويبقى إذا كان حسن النية . ومهما يكن من أمر - وليس هنا مجال التفصيل في ذلك - فإن القانون أورد حكماً خاصاً لمصلحة الدائن المرتهن رهناً رسمياً ، فنص في المادة ١٠٣٤ على أنه «يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن» .

الفصل الثاني

آثار العقد

٣٤٢ - نسيئة آثار العقد من حيث الاستصحاب ومنه حيث

الموضوع : اذا نشأ العقد صحيحاً فقد خلصت له قوته الملزمة . ووجب على المتعاقدين تنفيذ ما التزم به .

فالمتعاقدان دون غيرها هما اللذان يلتزمان بالعقد : ومن هنا نرى نسبة آثار العقد من حيث الأشخاص . ويلتزمان بما تضمنه العقد من التزامات دون غيرها : ومن ثم نرى النسبية من حيث الموضوع . فالعقد نسبي إذن في قوته الملزمة : (أولاً) من حيث الأشخاص . (ثانياً) ومن حيث الموضوع .

ونبحث كلاماً من هذين الأمرين .

الفرع الأول

قوة العقد الملزمة بالنسبة إلى الأشخاص

٣٤٣ - المتعاقداً والغير : العقد لا يتناول أثره بوجه عام إلا

المتعاقدين . ولا يجاوزهما إلى الغير إلا في حالة الاشتراط لمصلحة الغير . فتحن نبحت : (أولاً) أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين . (ثانياً) أثر العقد بالنسبة إلى الغير .

المبحث الأول

أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين

٣٤٤ - الخلف العام والخلف الخاص : إذا قلنا إن العقد لا يتناول

أثره إلا المتعاقدين ، يجب أن يكون ذلك مقروناً بالتوسع في فهم كلمة المتعاقدين .

فليس المقصود بهذه الكلمة المتعاقدين فحسب . بل المقصود هما ومن يمثلانه في التعاقد . فالمتعاقدا إذا تعاقدتا انصرف أثر العقد إليهما ، وانصرف كذلك إلى الخلف العام . وقد ينصرف إلى الخلف الخاص (١) .

والخلف العام (ayant - cause à titre universel) هو من يخلف الشخص في دتمته المالية من حقوق والتزامات . أو في جزء منها باعتبارها مجموعاً من المال ، كالوارث والموصى له بجزء من التركة في مجموعها . والخلف الخاص (ayant - cause à titre particulier) هو من يخلف الشخص في عين معينة بالذات أو في حق عيني عليها . كالمشتري يخلف البائع في المبيع ، والموصى له بعين في التركة يخلف فيها الموصى ، والمتنفع يخلف المالك في حق الانتفاع . والخلف ، عاماً كان أو خاصاً ، لا يعتبر من الغير في العقد ، فينصرف إليه أثره على التفصيل الذي نذكره فيما يلي .

المطلب الأول

الخلف العام

٣٤٥ - النصوص القانونية: نصت المادة ١٤٥ من القانون الجديد على

ما يأتي :

« ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من

(١) وينصرف كذلك إلى الدائنين على نحو معين سيذكره في الجزء الثاني عند الكلام فيما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان . وقد تضمن المشروع التهديد نصاً هو المادة ٢٠٢ من هذا المشروع ، جرت على الوجه الآتي : « ينتج للعقد على دائني التعاقدين إلا إذا انطوى على غش أو كان عقداً صورياً . لحذف النص في المشروع النهائي لأن أحكامه مذكورة بالتفصيل في نصوص تالية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٧٥ في الخامس) . وعند معالجة أثر العقد بالنسبة إلى الدائنين يأتي الكلام في الدعوى الثلاث المرفوعة : الدعوى غير الناضرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديد في هذا الصدد : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٦٨ - من ٢٦٩) .

وانصرف أثر العقد إلى الدائن لا يعني أنه خلف عام أو خلف خاص ، بل إن الدائن بالنسبة إلى العقود التي يبرمها مدنيه في موقف يتميز عن موقف كل من الخلف العام والخلف الخاص .

نص القانون أن هذا الأثر لا يصرف إلى الخلف العام « (١) .

٣٤٦- انصراف أثر العقد إلى الخلف العام : ويتبين من النص المقدم

أن أثر العقد ينصرف إلى الخلف العام . ومعنى ذلك أن الحقوق التي ينشأ العقد تنتقل إلى الوارث بعد موت المورث المتعاقد . أ . الالتزامات فيلاحظ في شأنها أن في الشريعة الإسلامية - وهي الشريعة التي تطبق في مصر في أكثر الأحوال في مسائل الميراث - مبدأ خاصاً يقضي بالأثر تركه إلا بعد سداد الدين . ومقتضى هذا المبدأ أن يبرر الالتزام في التركة . دون أن ينتقل إلى ذمة الوارث ، حتى ينقضي . ومتى أصبحت التركة خالية من الديون انتقلت ملكيتها إلى الوارث . ومن ثم عني القانون الجديد بتنظيم تصفية التركة ، فأورد نصوصاً هامة في هذا الشأن (م ٨٧٥-٩١٤) تنظم سداد ديون التركة . وتكفل حقوق دائئتها ، وتحمي الغير الذي يتعامل مع الوارث .

ويرتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يسرى في حقه ما يسرى في حق السلف بشأن هذا العقد ، فلا يشترط ثبوت تاريخ العقد حتى يكون هذا التاريخ حجة له ، عليه (٢) ، وفي الصورية يسرى في حقه العقد الحقيقي دون العقد الصوري .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٠٥ من المشروع التمهيدي على الوجه الوارد في القانون الجديد (فيما عدا تحويراً لفظياً) ، وأقرته لجنة المراجعة بعد هذا التحوير اللفظي تحت رقم ١٤٩ فأصبح مطابقاً لنص القانون الجديد ثم أقره مجلس النواب ، فلجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٤٥ ، فمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧١ - ص ٢٧٣) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « لا تقتصر آثار العقد على المتعاقدين بذواتهم ، بل تجاوزهم إلى من يخلفهم خلافة عامة من طريق الميراث أو الوصية ما لم تكن العلاقة القانونية شخصية بحتة . ويستخلص ذلك من إرادة المتعاقدين . صريحة كانت أو ضمنية ، أو من طبيعة العقد كما هو الشأن في شركات الأشخاص والإيراد المرتب مدى الحياة ، أو من نص في القانون ، كما هي الحال في حق الانتفاع . وعلى ذلك ينتقل إلى الوارث ما يترتب العقد من حقوق والالتزامات . أما الحقوق فيكون انتقالها كاملاً . بيد أن حكم الالتزامات يقتضي تحفظاً خاصاً يتصل بأحكام الميراث . ذلك أن الوارث لا يقدم بديون مورثه وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية إلا بقدر ما يؤول إليه من التركة ... فليس ينبغي أن يعزل هذا النص عن النصوص التي تضمنها المشروع بشأن تصفية التركات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٢) .

(٢) وسنرى أن هناك فروضاً يكون فيها الخلف العام من الغير ، فلا يكون العقد حجة عليه إلا إذا كان ثابت التاريخ .

٣٤٧ - متى لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام مع بقاء خلفاً :

على أنه يستثنى من القاعدة المتقدمة أحوال أشير إليها في المادة ١٤٥ . وفيها لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام مع بقاءه خلفاً ، وهي ثلاث :

(الحالة الأولى) إذا اتفق المتعاقدان على ذلك لأن العقد شريعة المتعاقدين . فإذا أراد أن حقاً أو التزاماً نشأ من العقد يقتصر أثره على شخص المتعاقد . فلا ينتقل إلى الوارث من بعده . صح الشرط إذا لم يكن مخالفاً للنظام العام أو للآداب . فيجوز مثلاً أن يتفق المتعاقدان في بيع على أن يمنح المشتري أجلاً لسداد الثمن دون أن ينتقل هذا الحق إلى ورثته . فإذا مات المشتري وجب على الورثة دفع الثمن في الحال من التركة . كذلك يجوز الاتفاق على أن يكون للبائع الحق في استئجار العين المبيعة بأجرة معينة لمدة معينة ، على ألا ينتقل هذا الحق إلى ورثة البائع (١) .

(الحالة الثانية) إذا كانت طبيعة الحق أو الالتزام الناشئ من العقد تأتي أن ينتقل من المتعاقد إلى خاتمه العام . وقد يكون المانع من الانتقال قانونياً أو مادياً . فإذا حصل شخص على حق انتفاع بموجب عقد ، فإن هذا الحق لا ينتقل من بعده إلى ورثته ، لأن حق الانتفاع تقتضي طبيعته القانونية بأن ينقضي بموت صاحبه . وإذا حصل شخص بتقتضى عقد على إيراد مرتب طوال الحياة ، فهذا الإيراد لا ينتقل إلى ورثته ، لأن طبيعة الإيراد القانونية والمادية معاً تقتضي استلهاه بموت صاحب الإيراد . كذلك كل التزام نشأ من عقد ، ولو حظت فيه شخصية الملتزم أوصفة خاصة به ، تنقضي بموت الملتزم ولا ينتقل إلى الورثة نظراً لطبيعة الالتزام المادية ، كفنان أو جراح أو مهندس أو محام يلتزم بالعقد أن يقوم بعمل من أعمال مهنته ، فلا ينتقل التزامه هذا إلى ورثته ولو في التركة .

(الحالة الثالثة) إذا كان هناك نص في القانون يقتضي ألا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام . والقانون ينص على ذلك في مسائل يفهم من ظروفها أن المتعاقدين قد أرادا هذا ضمناً . من ذلك ما قضت به المادة ٥٢٨ من أن

(١) ولكن لا يجوز أن يشترط البائع على المشتري أن ما يبقى من أقساط الثمن بعد موت البائع يدفع إلى أحد الورثة دون الآخرين ، إلا في حدود الوصية .

الشركة تنقضى بموت أحد الشركاء ، وما قضت به المادة ٦٠٢ من أن
الإيجار ينقضى بموت المستأجر إذا لم يعقد إلا بسبب حرفة أو لاعتبارات
أخرى تتعلق بشخصه ، وما قضت به المادة ٦٢٦ من أن المزارعة تنقضى
بموت المزارع ، وما قضت به المادة ٧١٤ من أن الوكالة تنقضى بموت الموكل
أو الوكيل .

٣٤٨- متى لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام باعتباره من الغير :

وهناك فرض ينظر فيه إلى الخلف العام باعتباره من الغير . وذلك أن القانون
يعطى للوارث حقوقاً يتلقاها منه مباشرة لا بطريق الميراث عن سلفه ، ويقصد
بها حماية الوارث من تصرفات مورثه الضارة به . ولذلك يعتبر الوارث في
هذه الفروض من الغير بالنسبة إلى هذه التصرفات . فالقانون يبيع للمورث
التصرف في جميع أمواله حال حياته ، معاوضة أو تبرعاً ، حتى لو أضر هذا
التصرف بالورثة . وحتى لو تعمد المورث هذا الإضرار . أما إذا تصرف في
ماله لما بعد الموت بطريق الوصية . وهو تصرف لا يكلفه شيئاً في حياته ،
فيتحكم بذلك في حفظ ورثته تحكماً يأباه النظام العام ، فإن القانون -
والمقصود به هنا الشريعة الإسلامية إذ هي التي تطبق في مصر غالباً في هذه
المسألة - يتقدم لحماية الوارث ، ويقيد من تصرفات المورث ، فلا يبيع له
أن يتصرف في ماله بطريق الوصية إلا بقدر الثلث . وكالوصية كل تصرف
صدر في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع (م ٩١٦ جديد) (١) .

ويترتب على ذلك أنه إذا باع المورث عينا وهو في مرض موته لوارث
أو لغير وارث ، وكانت العين تزيد على ثلث التركة ، فإن البيع لا يسرى في
حق الورثة فيما يزيد على الثلث إلا إذا أجازوه ، ومن ثم لا يكون عقد البيع
حجة عليهم إلا إذا كان ثابت التاريخ . فلو أن تاريخ العقد العرفي يرجع إلى
عهد كان المورث فيه غير مريض ، لم يكن هذا التاريخ حجة عليهم ، ولهم
أن يثبتوا بجميع طرق الإثبات أن هذا التاريخ قد قدم عمداً حتى لا يظهر أن

(١) وهذا بخلاف " أن فإن القانون يحبه أكثر مما يحسب الوارث ، فلا يبيع للدين
أن يتصرف في ماله ولو وصية إذا قصد الإضرار بالدين . وفرد ما بينهما أن الوارث يتلقى
المال من غير عوض ، أما الدين يتلقاه بعوض .

العقد قد صدر في مرض الموت . وقد نص القانون الجديد على ذلك صراحة في الفقرة الثانية من المادة ٩١٦ إذ يقول : «وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت . ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق . ولا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً» (١).

المطلب الثاني

الخلف الخاص (*)

٣٤٩- **التصرف القانوني :** نصت المادة ١٤٦ من القانون

الجديد على ما يأتي :

«إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يعتبر الوارث قائماً بمقام المورث في مدد حجة التصرف الذي صدر منه لأحد الورثة إلا في حالة حلول هذا التصرف من محل طعن ، فإذا كان التصرف يمس حق وارث في التركة عن طريق العيش والتدليس والتجمل على مخالفة أحكام الإرث ، فلا يكون الوارث ممثلاً للمورث بل يعتبر من الأغيار ، ويباح له الطعن في التصرف وإثبات صحة طعنه بكافة الطرق (نقض مدني في ١٥ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٢ من ١٥٠). وبلاحظ أن الورثة لا يكونون من الغير إلا إذا أثبتوا أن التصرف صادر في مرض الموت، ولذلك كان عبء الإثبات عليهم في ذلك . وقبل هذا الإثبات يكون التاريخ الدرفي للتعرف حجة عليهم لأنهم لم يصبحوا بعد من الغير ، حتى إذا ما أثبتوا أن التصرف صدر في مرض الموت أصبحوا من الغير ، ولا يكون عندئذ حجة عليهم إلا التاريخ الثابت للتصرف — وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن التصرف في مرض الموت إما أن يكون بحجر ذي تاريخ ثابت أو غير ثابت ، فإذا كان تاريخه ثابتاً فلا يصح الاحتجاج به على الوارث إلا من اليوم الذي اكتسب فيه هذا التاريخ الثابت بناء على أنه من الأغيار ، ولا عبرة في هذه الحالة بالتاريخ العرفي الذي يجعله المحرر طبقاً للمادة ٢٨٨ مدني (قديم) . أما إذا كان تاريخه غير ثابت كان للمورث الحق في أن يثبت بكل الطرق القانونية أن هذا التاريخ صوري وأن التصرف واقع في مرض الموت . وظاهر أن هذا ترحيخ يمنح للمورث المذكور في هذه الحالة لإثبات ما يدعيه لأنه أجنبي عن التصرف بحيث إذا لم يتم إثباته كان التاريخ العرفي المعترف به من المورث حجة عليه (١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٧ المادة ٣١ رقم ١٣٣ من ٣٥٧ — أنظر أيضاً في هذا المعنى محكمة مصر السككية الوطنية في ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ المادة ١١ رقم ٣٧٨ من ٧٤٠ — استئناف مختلط في ٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ من ٤٠٩) .

(*) أنظر في هذا الموضوع مقالاً للأستاذ لبارنييه (Lepargneur) في مجلة القانون المدني النصرية سنة ١٩٣٤ من ٤٨١ — من ٥٨٣ — وذلك آخر للأستاذ حامد فهمي (باشا) في حكم الاتفاقات المتعلقة بالأموال في حق الخلف بسبب خاص في مجلة كلية الحقوق السنة الثانية العدد الرابع من ٤٤ — من ٦٥ .

خلف خاص . فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذى ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه (١) .

وإذا كان هذا النص قد استحدثه القانون الجديد . فإنه — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى — ليس إلا «تأصيلاً لتطبيقات القضاة المصرى والفرنسى في هذا الشأن» .

٣٥٠ - وضع الدائن بالنسبة إلى الخلف الخاص : انصراف

أثر العقد إلى الخلف الخاص يختلف في الوضع عن انصراف هذا الأثر إلى الخلف العام . ويحسن بادىء الأمر أن نحدد تحديداً دقيقاً من هو الخلف الخاص . فقد قدمنا أنه هو من يتلقى من سلفه ملكية شيء معين بالذات أو حقاً عينياً على هذا الشيء . والشيء الذى يتلقاه الخلف قد يكون هو ذاته حقاً عينياً كما هو الغالب ، وقد يكون حقاً شخصياً . فالمشتري خلف خاص للبائع في الشيء المبيع ، وهذا استخلاف في ملكية عين معينة . وصاحب حق الانتفاع خلف خاص لمن تلقى منه هذا الحق ، وهذا استخلاف في حق عينى واقع على عين معينة . والمحال له خلف للمحيل في الحق المحال به . وهذا استخلاف في حق شخصى . والمرتهن لدين خلف لصاحب هذا الدين الذى رهنه . وهذا استخلاف في حق عينى واقع على حق شخصى . ويخلص من هذا أن الخلف الخاص هو من يتلقى شيئاً ، سواء كان هذا الشيء حقاً عينياً أو حقاً شخصياً . أو يتلقى حقاً عينياً على هذا الشيء . أما من يترتب له حق شخصى في ذمة شخص آخر

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٠٦ من المشروع التمهيدى بما يتفق مع نص القانون الجديد مع تحوير لفظى بسيط . ووافقت أغلبية لجنة المراجعة على استبقاءه في المشروع التهاوى تحت رقم المادة ١٥٠ — ووافق عليه مجلس النواب — وفي لجنة القانون الذى لمجلس الشيوخ استبدلت بعبارة «إذا أنشأ العقد حقوقاً والالتزامات» عبارة «إذا أنشأ العقد الالتزامات وحقوقاً شخصية» لأن النص يتعلق بالخلافة الخاصة ولا ينتقل من طريق هذه الخلافة إلا ما كان شخصياً من الحقوق التى يولدها العقد . وحذف من النص الأخير من النص عبارة «أو يستطيع أن يعلم به» حتى يقتصر حكم النص على ما يعلم به الخلف من الحقوق والالتزامات دون أن يجاوزه إلى ما كان يستطيع أن يعلم به بدقة الوضع . وأصبح رقم المادة ١٥٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلها لجنة (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٢٧٤ — ص ٢٧٨) .

فلا يكون خلفاً خاصاً له . بل يكون دائئاً . فالمستأجر ليس بخلف للمؤجر ، بل هو دائئ له (١) . والمستأجر من الباطن ليس بخلف للمستأجر الأصلي . إنما خلف المستأجر الأصلي هو المتنازل له عن الإيجار ، لأنه تلقى عنه حقاً شخصياً ، ولم يقتصر كالمستأجر من الباطن على أن يترتب له في ذمته حق شخصي . ولا يعتبر البائع الذي يسترد العين من المشتري بعد فسخ البيع أو إبطاله خلفاً خاصاً للمشتري ، لأن كلا من الفسخ والإبطال له أثر رجعي ، فلا يكون البائع متلقياً للملكية من المشتري كما في المقابلة ، بل تعتبر الملكية لم تنتقل منه أصلاً إلى المشتري فلا يصح أن يقال إنه تلقاها منه ثانية (٢) .

والمثل المألوف في الخلف الخاص هو من يتلقى عيناً من سلفه . كالمشتري يخلف البائع في العين المبيعة . فإذا كان البائع قد أبرم عقداً بشأن العين التي باعها . فهل ينصرف أثر هذا العقد إلى المشتري ؟ بديهي أن العقد إذا كان قد أبرم بعد انتقال المبيع إلى المشتري فإن أثره لا ينصرف إلى المشتري إذ يعتبر من الغير . أما إذا كان العقد قد أبرم قبل انتقال المبيع إلى المشتري ، فهنا يختلف الوضع . إذ يصح التساؤل هل ينصرف أثر هذا العقد إلى المشتري وقد تلقى المبيع والعقد في شأنه قائم ؟ فلا تعرض إذن مسألة انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص إلا إذا توافر شرطان : (أولاً) أن يكون العقد قد أبرم في شأن الشيء المستخلف فيه . أما إذا كان قد أبرم في شأن آخر فلا تعرض المسألة ، كما إذا باع شخص عيناً وأصبح المشتري خلفاً خاصاً له في هذه العين ،

(١) فيجوز أن يستعمل حقوق مدينه بطريق الدعوى غير المباشرة ، كأن يقطع التقادم ضد شخص وضع يده على العين المؤجرة . ويجوز كذلك أن يقطع في تصرف مدينه بالدعوى البوليصية ، كما إذا باع المؤجر العين متواتراً مع المشتري حتى يتخلص من حق المستأجر بفرض أن الإيجار غير ثابت التاريخ .

(٢) والظاهر أن انتقال الشيء من السلف إلى الخلف يجب أن يكون بعمل إرادي ، كمقد أو وصية ، فمن يكسب عيناً بالتقادم لا يكون خلفاً خاصاً للمالك الأصلي (دي هنس ١ في الخلف فقرة ٢٢ - الدكتور حلمي بهجت بدوي بك فقرة ٢٠١ - قرن لايبورد لاكوست فقرة ١١٦ وما بعدها) . والأدق من الناحية الفنية أن يقال إن انتقال الشيء إلى الخلف يكون بأي سبب من أسباب انتقال الملك كالعقد والوصية والتقادم ، ولكن لا ينصرف أثر العقد من السلف إلى الخلف إلا إذا كان انتقال الشيء بعمل إرادي ، فغير وحده الذي ينشئ مع فكرة حوالة الحق أو الدين وهي الفكرة التي يؤسس عليها عادة انصراف أثر العقد إلى الخلف كما سنرى .

فلا محل للتساؤل عما إذا كان هذا الخلف ينصرف إليه أثر قرض عقده البائع حتى لو كان هذا القرض سابقاً على البيع مما جعل العين المبيعة تدخل في الضمان العام للمقرض ، وليس للمقرض في هذه الحالة إلا الطعن في البيع بالدعوى البوليصة إذا توافرت شروطها . (ثانياً) أن يكون العقد قد أبرم قبل انتقال الشيء المستخلف فيه للخلف الخاص . فيجب إذن أن يكون هذا العقد ثابت التاريخ وسابقاً على التاريخ الذي انتقل فيه الشيء إلى الخلف (١) .

ونأتي بمثلين يبينان الأهمية العملية للمسألة التي نحن بصددتها : أمن شخص على منزله من الحريق ثم باعه . فهل ينتقل للمشتري حق البائع في التأمين ؟ باعت شركة أرضاً واشترطت على المشتري أن يكون البناء على نحو معين . ثم باع المشتري الأرض لمشتري ثان . فهل ينتقل إلى المشتري الثاني التزام المشتري الأول بالبناء على نحو معين ؟

٣٥١- متى ينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص : وقد وضع القانون

الجديد معياراً يعرف به متى ينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص . فذكر أن الحقوق والالتزامات التي تنشأ من العقد تنتقل إلى الخلف الخاص في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء ، إذا كانت من مستلزماته . وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه . وقد قدمنا أن هذا المعيار ليس إلا تأصيلاً لما جرى عليه القضاء في مصر وفي فرنسا قبل صدور القانون الجديد .

وتعتبر الحقوق من مستلزمات الشيء إذا كانت مكتملة له . كما تعتبر الالتزامات من مستلزمات الشيء إذا كانت محددة له . يبرر ذلك أن الحقوق

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « الخلف الخاص هو من يكسب من يستخلفه حقاً عينياً على شيء معين . كالشئ واللوازم له والمنفعة ، فإذا عقد المستخلف عقداً يتعلق بهذا الشيء انتقل ما يربط هذا العقد من حقوق والالتزامات إلى الخلف الخاص بشروط ثلاثة : أولها أن يكون تاريخ العقد سابقاً على كسب هذا الخلف للملكية الشيء . ويراعى أن العقد يجب أن يكون ثابت التاريخ ... » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٥) .

والحكم كالعقد لا يمتد أثره إلى الخلف الخاص إلا إذا صدر قبل انتقال الشيء إلى الخلف . ولا يكفي أن تكون الدعوى قد رفعت قبل انتقال الشيء إذا كان المستخلف - في تاريخ ذلك - (أنظر في هذا المعنى محكمة مصر الكلية الوطنية في ١٤ مايو سنة ١٩٤٠ الحامدة ٢٠ رقم ٦٢١ ص ١٤٢٨) .

المكاملة للشيء إنما هي في الواقع من الأمر تعتبر من نواحي هذا الشيء ، والتابع ينتقل مع الأصل . أما الالتزامات التي تحدد الشيء فيجب أن تنتقل أيضاً معه . لأن السلف لا يستطيع أن ينتقل إلى الخلف أكثر مما يملك . ومن ثم كانت الحقوق المكاملة للشيء والالتزامات المحددة له هي من مستلزمات هذا الشيء . تنتقل معه إلى الخلف الخاص . ونظر الآن في تطبيقات عملية لهذين المعيارين الفرعيين .

٣٥٢- الحقوق المكاملة للشيء: الحق، حتى ينتقل من السلف إلى الخلف،

يجب أن يكون مكملًا للشيء الذي انتقل إلى الخلف كما قدمنا . وعلى ذلك ينتقل إلى الخلف :

(١) الحقوق العينية التي ترتبت لمصلحة الشيء . فإذا كان السلف قد ترتب بمقتضى عقد حق ارتفاق للعين . فإن الخلف الذي تنتقل إليه العين يتلقاها متمتعة بهذا الحق (١) .

(٢) الحق الذي يكون تأمينا للشيء ، سواء كان هذا التأمين عينياً أو شخصياً . لأن التأمين يعد مكملًا للشيء ، إذ هو يحفظه ويقويه . فإذا حول اللدائن حقه ، انتقل للمحال له مع هذا الحق تأمينا من كفالة أو رهن أو غير ذلك (٢) .

(٣) وينتقل أيضاً إلى الخلف الحقوق الشخصية التي يكون الغرض منها درء ضرر عن الشيء ، لأن الحق الذي يقصد به وقاية الشيء من الضرر يعد مكملًا لهذا الشيء إذ هو يحفظه كما في التأمينات . فإذا تعاقد شخص مع شركة لتأمين منزله من الحريق . ثم باع المنزل ، فإن حقه قبل شركة التأمين ينتقل

(١) ونحن في هذا لم نفرق بين ما إذا كان الحق الذي انتقل إلى الخلف حقاً شخصياً أو حقاً عينياً ، خلافاً لما ورد في الأعمال التحضيرية أمام لجنة القانون الذي لجس الشيوخ (قارن أيضاً الدكتور حلمي بهجت بدوي بك فقرة ٢٠٤ - فقرة ٢٠٤ مكررة) .

(٢) وكانت التأمينات دعاوى الدخ فهي من شأنها تأكيد الحق ، فالحال له بالتأمين ينتقل إليه الحق النافع في السج إذا لم يتوف الثمن من المشتري ، بخلاف دعاوى البطلان فهي لا تنتقل إذ هي نفاذ مع الحق لا تؤكد . كذلك ينتقل الحق في الحصول على سند تمييزي بالدين المحال به (محكمة استئناف أسبوط و ٩ مارس سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ رقم ٤٢٨ ص ١٠٤٨) .

مع المنزل المشتري (١). وينتقل تبعاً لذلك التزام البائع بدفع أقساط التأمين (٢). ومثل حق البائع في التأمين حقه قبل البائع له في ضمان الشيء ضمان استحقاق أو ضمان عيب ، فالبايع لشيء ينتقل مع هذا الشيء إلى المشتري حقه في الضمان (٣). ومثل هذا أيضاً حق بائع المتجر في عدم منافسة شخص آخر للمتجر أو في تقييد موظف قديم في حريته في العمل حتى يمتنع عن هذه المنافسة ، هذه الحقوق كسبها صاحب المتجر ليدراً خطر المنافسة عن متجره فهي مكملات للمتجر وتنتقل معه إلى المشتري .

أما إذا كان الحق لا يمكن اعتباره مكملًا للشيء فإنه لا ينتقل إلى الخلف . وعلى ذلك لا ينتقل :

(١) حق السلف إذا لم يكن من شأنه تقوية الشيء الذي انتقل إلى الخلف أو درء الخطر عنه . فإذا تعاقد السلف مع مقاول لإقامة بناء على الأرض التي انتقلت إلى الخلف لم ينتقل حق السلف إلى الخلف . ومثل هذا حق صاحب السيارة إذا استأجر مكاناً تأوى إليه السارة (جراج) : فإذا باعها لم ينتقل هذا الحق إلى المشتري .

(٢) حق السلف إذا اعتبرت فيه شخصيته. فإذا اشترى طبيب أرضاً يقيم

(١) وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي أولاً ، ثم عدل عن ذلك وأصبح الأمر الآن يتناول تفسير عقد التأمين ويرد فيه عادة شرط يقضي بانتقال الحقوق الناشئة عنه إلى الخلف بقبول معينة (بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٣١ ص ٤٥٤ هامش رقم ٤) . أما القضاء المصري فالظاهر أنه يرى أن الحق الناشئ عن عقد التأمين لا ينتقل مع الشيء المؤمن عليه إلى الخلف (محكمة مصر الوطنية مستعجل في ١٠ يولية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٥٧٠ ص ١١٤٣ - استئناف مختلط في ١٦ أبريل سنة ١٩٣١ م ٣ : ص ٣٥) . ولكن المذكرة الإيضاحية لمشروع التقييد تشير صراحة إلى عكس ذلك فتقول : ... أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد مما يعتبر من مستلزمات هذا الشيء ، ويتحقق ذلك إذا كانت هذه الحقوق مكملات له كعقود التأمين مثلاً ، أو إذا كانت هذه الالتزامات تحد من حرية الانتفاع به كما هو الشأن في الالتزام بعدم البناء (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٥) . أنظر أيضاً في هذا المعنى دوتراً خاصاً صدر في سويسرا سنة ١٩٠٨ .

(٢) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٣١ ص ٤٥٥ .

(٣) وللمشتري أن يرجع بدعوى مباشرة على البائع لبائعه بضمان الاستحقاق أو ضمان العيب أو بأي ضمان اشترطه البائع لنفسه . ويترب على ذلك أنه إذا اشترط البائع عدم الضمان فإن هذا لا يمنع المشتري من الرجوع بالضمان على البائع للبائع .

عليها مستثنى منتقلا ، وتعاقدا مع بعض المعامل على توريد أدوية معينة في أوقات محددة لهذا المستثنى ، فحقه قبل هذه المعامل لا ينتقل إلى المشتري للأرض بعد نقل المستثنى ، لأن هذا الحق متصل بشخص الطبيب وبالمستثنى لا بالأرض التي يبيع . وإذا باع شخص جزءاً من قطعة أرض وبني المشتري على هذا الجزء مصنعاً لتوليد الكهرباء ، واشترط البائع على المشتري أن يورد الكهرباء لبقية الأرض بسعر مخفض ، فإن هذا الشرط لا ينتفع به المشتري لبقية الأرض لأنه شرط خاص بشخص البائع .

٣٥٣ - الالتزامات المحددة للشيء . والالتزام ، حتى ينتقل من

السلف إلى الخلف . يجب أن يكون محدداً للشيء (١) . وعلى ذلك ينتقل إلى الخلف :
(١) الارتفاقات العينية التي ترتبت على الشيء إذا كانت قد شهرت طبقاً لما يقتضيه القانون . فإذا كان السلف قد رتب بمقتضى عقد حق ارتفاق على العين ، فإن العين تنتقل مثقلة بهذا الحق إلى الخلف ، أما إذا كان ما رتبه السلف التزاماً شخصياً كالإتزام المؤجر ، بأن يكون قد أجر العين قبل بيعها ، فلا تنتقل التزاماته إلى المشتري إلا نص في القانون أو باتفاق خاص بين السلف والخلف (٢) .

(١) ويقال عادة إن الالتزام ينتقل إلى الخلف عن طريق حوالة الدين ، كما ينتقل الحق إليه عن طريق حوالة الحق . وقد كان القانون الذي القديم لا يعرف حوالة الدين ولم يكن فيه نص يقضي بانصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص ، ومن ثم كانت هناك مشقة في تأصيل انتقال الالتزام إلى الخلف ، فلجأ الفقه إلى قاعدة الاستراط لمصلحة الغير مصوراً أن السلف اشترط على الخلف أن يقوم بالالتزام لمصلحة الدائن (نظرية العقد للوئف ص ١ : ٧ هامش رقم ١ - فارناندكتور حلمي بهجت بدوى بك ص ٢٠٧ وما بعدها) ، أما في القوانين الجديد فلا حاجة بنا إلى هذا التصور بعد أن اعترف هذا القانون بحوالة الدين ونظمها في نصوصه . بل إن نص المادة ١٤٦ من القانون الجديد أصبح الآن يكفي وحده سنداً لانصراف أثر العقد إلى الخلف ، وتكون حوالة الحق أو الدين تحت بحكم القانون .

(٢) كذلك التزام صاحب المتجر نحو مستخدميه لا ينتقل إلى المشتري للمتجر ، فلا يجبر المشتري على احترام عقود هؤلاء المستخدمين إلا إذا اشترط عليه ذلك . ويبقى البائع وحده مسؤولاً عنهم . كما أن حق البائع قبلهم لا ينتقل إلى المشتري - هذا ويلاحظ أن المتجر في ذاته مجموع من المال . ولو اعتبرنا أن المشتري يخلف البائع في هذا المجموع فيصبح بهذا الاعتبار خلفاً عاماً ، لاشتملت جميع حقوق المتجر والتزاماته إلى المشتري ، وقد يدخل في ذلك حقوق المتجر والتزاماته نحو المستخدمين إذا اعتبرناها داخلة في هذا المجموع من المال . ولكننا نعتبر مشتري المتجر خلفاً خاصاً لبيانه . لأن المتجر وإن كان في ذاته مجموعاً من المال ، إلا أنه بالنسبة إلى مجموع مال البائع لا يخرج عن أن يكون شيئاً معيناً وليس بجزء شائع في هذا المجموع .

(٢) الالتزام الذى يقيد من استعمال ملكية العين ويكيف هذا الاستعمال. فإذا التزم السلف بعقد ألا يستعمل المنزل الذى يملكه فى حى للسكنى مقهى أو مطعماً ، انتقل هذا الالتزام إلى الخلف . كذلك إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار فى البناء عليه كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حدمعين فى الارتفاع بالبناء أو فى مساحة رقعته ، فإن هذه القيود ، سواء اعتبرت التزامات شخصية أو ارتفاعات عينية ، تنتقل إلى المشتري بمقتضى هذه القاعدة أو بمقتضى القاعدة السابقة . وقد اعتبرها القانون الجديد (م ١٠١٨) ارتفاعات عينية ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

(٣) التزام السلف الذى يفرض على يده عن استعمال بعض حقوق المالك . كمن اشترى أرضاً من شركة تعمل فى استخراج المعادن فاشتطت عليه الشركة ألا يرجع عليها بتعويض إذا أصابه ضرر بسبب ما تقوم به الشركة من الأعمال ، وكصاحب المتجر يلتزم أن يمتنع عن مباشرة التجارة فى جهة معينة كفاً للمنافسة (١) .

أما إذا كان الالتزام لا يحدد الشيء الذى انتقل إلى الخلف ، فلا ينتقل مع الشيء إلى الخلف . وعلى ذلك لا ينتقل :

(١) التزام السلف إذا كان لا يثقل العين أو يكيف من استعمالها أو يمنع من استعمال بعض حقوقها . فالزام بائع الأرض الذى اتفق مع مقاول على البناء لا ينتقل إلى مشتري الأرض كما لا ينتقل الحق على النحو الذى قدمناه . والزام بائع السيارة نحو صاحب والجراج لا ينتقل إلى من اشترى السيارة كما لا ينتقل الحق (٢) . كذلك لا ينتقل التزام السلف بتعويض ما أحدثه الشيء الذى

(١) أنظر مع ذلك محكمة الاستئناف المختلطة وقد قضت بأنه إذا اشترى شخص من آخر حق صنع مواد معينة والزام بأن يمتنع عن تصدير هذه المواد إلى الخارج قطعاً للمنافسة ، ثم باع الحق الذى اشتراه إلى مشتري ثان ، فإن الالتزام الذى ترتب فى ذمته لا ينتقل إلى المشتري الثانى (٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ من ٣٢٨ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٣٢٧) .
ويقع أن تباع الحكومة أرضاً ، وتشرط على المشتري أنها ، إذا زرعت ملكيتها للصناعة العامة فى خلال مدة معينة فلا تلزم إلا برد الثمن فقط . فإذا باع المشتري الأرض لشخص تار التزم المشتري الثانى بهذا الشرط باعتباره خلفاً خاصاً للمشتري الأول .
(٢) ويمكن القول بوجه عام أنه إذا لم ينتقل الحق ، فإن الالتزام هو أيضاً لا ينتقل .

انتقل إلى الخلف من الضرر . سواء كان هذا التعويض ناشئاً عن عقد قدر فيه الضرر أو كان ناشئاً عن العمل الضار ذاته (١) .

(٢) التزام السلف إذا اعتبرت فيه شخصيته . فليس على من اشترى ما وُهب لبائعه : على أن يقوم البائع بالنفقة على الواهب أو بخدمته : قضاء شيء من ذلك .

٣٥٤ - ومبوء علم الخلف بالالتزامات والحقوق متى تنتقل إليه : وغنى

عن البيان أن الخلف لا تنتقل إليه التزامات سلفه أو حقوقه إلا إذا كان عالماً بها وقت انتقال الشيء إليه . وأهمية هذا العلم تظهر بنوع خاص في انتقال الالتزامات . لأنها قيود تنتقل إلى الخلف فن العدل أن يكون عالماً بها وقت انتقالها إليه .

ويشترط العلم اليقيني لا مجرد استطاعة العلم . وقد كان كل من المشروع انتهيدى والمشروع الهائي للقانون الجديد يكتفى باستطاعة العلم : ولكن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عدلت النص حتى يقتصر حكمه على ما يعلم به الخلف من الحقوق والالتزامات دون أن يجاوزه إلى ما كان يستطيع أن يعلم به (٢) .

وبغنى عن العلم التسجيل أو القيد في الحقوق العينية التي يجب شهرها ، طبقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن .

المبحث الثاني

أثر العقد بالنسبة إلى الغير

٣٥٥ - الخلف قد يكره من الغير : قدمنا أن كلا من الخلف العام والخلف

الخاص ينصرف إليه أثر العقد ، إلا في أحوال معينة يصبح فيها من الغير .

(١) استئناف مختلط في ١٠ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٢٣ - ولا ينتقل للـ

المشترى الالتزام الذي نشأ عن وعد بالبيع صدر من البائع قبل أن يبيع البين للمشتري .

(٢) أنظر الأعمال التحضيرية التي سبقت الإشارة إليها آخراً فقرة ٣٤٩ (مجموعة الأعمال

التحضيرية ٢ ص ٢٧٧ - ص ٢٧٨) .

فالحلف العام يكون من الغير . كما رأينا . إذ أثبت أن التصرف الذى صدر من سلفه قد صدر فى مرض الموت . فلا يسرى التصرف فى حقه إلا على اعتبار أنه وصية .

والحلف الخاص يكون من الغير ، ولا ينصرف إليه أثر العقد ، إذا كان هذا العقد غير سابق على انتقال الشيء إلى الخلف ، أو كان الحق أو الالتزام الناشئ من العقد غير مكمل للشيء أو غير محدد له .

ونتبين من ذلك أنه إذا كانت القاعدة هى ألا يكون الخلف من الغير ، فينصرف إليه أثر العقد ، إلا أن الخلف . عاما كان أو خاصا ، يصبح فى أحوال معينة من الغير ، فلا ينصرف إليه أثر العقد أصلا ، أو ينصرف إليه على اعتبار أنه وصية .

٣٥٦- الغير الأجنبي أصلا عن العقد : أما الغير . الذى لم يكن طرفاً فى العقد ولا خلفاً لأحد من المتعاقدين ، وهو ما يسمى بالغير الأجنبي أصلا عن العقد (penitus extranei) ، فلا ينصرف إليه أثر العقد ما دام بعيداً عن دائرة التعاقد . فالصلح الذى يقع بين الدائن وأحد الورثة لا يسرى فى حق بقية الورثة . والعقد الذى يصدر من أحد الشركاء فى الشيوخ لا يقيد بقية الشركاء إلا فى حدود الفضالة . ويبيع ملك الغير لا يسرى فى حق المالك الحقيقى الذى لم يكن طرفاً فى العقد .

على أن اعتبارات ترجع إلى العدالة أو إلى استقرار التعامل قد تقضى بانصراف أثر العقد إلى الغير .

فالعدالة قد تقضى بأن يكون للغير دعوى مباشرة (action directe) هى دعوى أحد المتعاقدين على الآخر فى عقد لم يكن هذا الغير طرفاً فيه . ولا يكون ذلك إلا بنص خاص فى القانون . من هذا ما تقضى به المادة ٥٩٦ من أن يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدى للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً فى ذمته للمستأجر الأصلى وقت أن يندره المؤجر . فالمؤجر يرجع إذن بدعوى مباشرة على المستأجر من الباطن ، هى دعوى المستأجر الأصلى فى عقد الإيجار من الباطن ، مع أن المؤجر لم يكن طرفاً فى هذا العقد . وكذلك يكون للمقاولين

من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز المقدار الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى (م ٦٦٢) . وللموكل ونائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر (م ٧٠٨) . وسنعرض تفصيلاً للدعوى المباشرة عند الكلام في الدعوى غير المباشرة .

واستقرار التعامل قد يقضى بأن ينصرف أثر العقد لمن لم يكن طرفاً فيه . كالتصرف الذي يصدر من الوارث الظاهر فإنه يسرى في حق الوارث الحقيقي مع أن هذا لم يكن طرفاً فيه ، وكالإيجار الذي يصدر من غير المالك دون غش لمستأجر حسن النية فإنه يسرى في حق المالك الحقيقي في بعض الأحوال .

ولكن الأثر الذي انصرف إلى الغير في الأحوال المتقدمة أثر غير مقصود ، لم يرد المتعاقدان وقت التعاقد ، فهو مبني على اعتبارات لا دخل للإرادة فيها . أما أن العقد ينتج أثراً ينصرف إلى الغير ويكون أثراً مقصوداً أراداه المتعاقدان ، فذلك ما تكفلت ببيان الحكم فيه المادة ١٥٢ من القانون الجديد ، إذ نقول : « لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير . ولكن يجوز أن يكسبه حقاً » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٠٨ من المشروع التمهدي على وجه مطابق لنص القانون الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٥٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة لتعديله ، ثم انتهت اللجنة إلى إقراره كما هو تحت رقم المادة ١٥٢ . ووافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠١ — ص ٣٠٤) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهدي في هذا الصدد ما يأتي : « الأصل في العقود أن تقتصر آثارها على عاقدَيْها . فلا يترتب ما تنشئ من التزامات إلا في ذمة المتعاقدين ومن ينوب عنهم من الخلفاء والدائنين ، وليس الوعد بالتزام الغير إلا تطبيقاً لهذه القاعدة . وكذلك الشأن فيما ترتب العقود من حقوق ، فلا ينصرف حقها إلا إلى المتعاقدين ومن ينوب عنهم . على أنه يجوز الاشتراط لصلحة الغير ، وهذا هو الاستثناء الوحيد الذي يرد على القاعدة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٢) .

وبنابل هذا النص في القانون الجديد النصوص الآتية في القانون القديم :

« م ١٤١/٢٠٢ : لا ترتب على المشاركات منفعة لغير عاقدَيْها ... »

« م ١٤٢/٢٠٣ : لا يترتب على المشاركات ضرر لغير عاقدَيْها ... »

فالتعهد عن الغير لا ينصرف أثره إلى الغير ، ولا يرتب في دمنه التزاماً .
والاشتراط لمصلحة الغير ينصرف أثره إلى الغير . ويكسبه حقاً .
ونبحث الآن كلا من هاتين المسألتين : (١) التعهد عن الغير .
(٢) والاشتراط لمصلحة الغير .

المطلب الأول

التعهد عن الغير (*)

(Promesse de porte—fort)

٣٥٧ — **النصوص القانونية:** نصت المادة ١٥٣ من القانون الجديد على ما يأتي :

١ — إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعهدده .
فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه ، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به .

٢ — أما إذا قبل الغير هذا التعهد ، فإن قبوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره ، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد (١) .

(*) بعض المراجع : تامبواز (Tamboise) رسالة من ليل سنة ١٩٠٦ — بلوماير (Bellomayre) رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ — سافاتييه (Savatier) في (Répertoire pratique du notariat) سنة ١٩٢٨ ص ٦١ و ١٠٠ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٧٠ وما بعدها — الدكتور حلمي بهجت بدوى بك فقرة ٢٦٣ وما بعدها — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك فقرة ٣١١ وما بعدها .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٠٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :
١ — إذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فإنه لا يلزم الغير بوعده . ولكن يلزم نفسه . ويجب عليه أن يعوض من تعاقد معه إذا رفض الغير أن يلتزم . ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي وعد به ، إذا كان ذلك في استطاعته من غير أن يضر بالثابتين — ٢ — أما إذا أقر الغير هذا الوعد فإن إقراره لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يسحب أثر الإقرار إلى اليوم الذي صدر فيه الوعد . وفي غنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية على النص وأصبح رقه =

ولا مقابل لهذا النص في القانون القديم. إلا أن النص لا يتحدث حكماً جديداً. فقد كان الفقه والقضاء يجريان على مقتضاه قبل صدور القانون الجديد.

٣٥٨ - الصور العملية للتعهد عن الغير: والتعهد عن الغير غير نادر الوقوع في الحياة العملية. ويراد به في الغالب علاج موقف لا يمكن فيه الحصول على رضا ذي الشأن بسبب، فيلزم عنه غيره. مثل ذلك شركاء في الشئوع يتصرفون في الشيء الشائع وفيهم قاصر ويريدون تجنب إجراءات المحكمة الحسية، أو كان أحدهم غير حاضر وقت العقد ولا يستطيع انتظاره خوف ضياع الصفقة. أو كانوا يقتسمون الشيء الشائع وفيهم من هو ناقص الأهلية ويغيون توقي الإجراءات المعقدة للقسمات القضائية. في مثل هذه الأحوال يتعاقد الشركاء الذين يصح لهم التعاقد عن أنفسهم وملزمين عن غيرهم ممن لا يستطيع التعاقد لسبب من الأسباب المتقدمة. كذلك الوكيل إذا رأى أن يجاوز حدود الوكالة، ولم يتمكن من الحصول على إذن في ذلك من الموكل، يستطيع فيما يجاوز فيه حدود الوكالة أن يتعاقد باسمه متعهداً عن الموكل.

٣٥٩ - مميزات التعهد عن الغير وتمييزه عما بهاء به: ويجب حتى يقوم التعهد عن الغير أن تتوافر المقومات الثلاثة الآتية:

(أولاً) أن يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير الذي يتعهد عنه. ومن هنا كان الفرق بين المتعهد عن الغير وبين الوكيل والفضولي. فالوكيل يعمل باسم الأصيل، وينصرف أثر العقد إلى الأصيل لا إليه. والفضولي يعمل باسم رب العمل ولمصلحته. فيلزمه بعمله. أما المتعهد عن الغير فيعمل باسمه، وينصرف إليه هو أثر العقد.

= ١٥٧ في المشروع النهائي. ووافق عليه مجلس النواب. وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ استبدلت كلمة «تعهد» ومشتقاتها بكلمة «وعد» ومشتقاتها، لأن التعهد يؤدي معنى الالتزام وهذا ما لا يفيد الوعد، وحذفت عبارة «إذا أمكن ذلك دون إضرار بالدائن» من الفقرة الأولى، وأدخلت تعديلات لفظية أخرى حتى أصبح النص مطابقاً لنص القانون الجديد، وأصبح رقم المادة ١٥٣. ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٥ - ٣٠٩).

(ثانياً) أن يريد المتعهد عن الغير أن يلزم نفسه بهذا التعهد لا أن يلزم الغير . ذلك أنه إذا تعاهد باسمه وأراد إلزام الغير بتعاqude ، فإن العقد يكون باطلا لاستحالة المحل ، إذ أنه لا يمكن قانوناً أن يلزم شخص آخر بعقد لم يكن الملزم طرفاً فيه . والتزام الغير إنما يأتي لا من تعاهد المتعهد بل من عقد آخر يتم بقبول الغير للتعهد كما سترى . ومن هنا كان الفرق بين المتعهد عن الغير والمشتراط لمصلحة الغير . فالمشتراط لمصلحة الغير يريد أن يجعل للغير حقاً مباشراً يكسبه من ذات العقد الذي أبرمه المشتراط . وهذا ما يجعل الاشتراط لمصلحة الغير استثناء من القاعدة التي تقتضي بأن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير ، ويجعل التعهد عن الغير لا خروج فيه على هذه القاعدة (١) .

(ثالثاً) أن يكون الالتزام الذي أخذه المتعهد على نفسه من القيام بحمل الغير الذي تعهد عنه على قبول هذا التعهد . فالمتعهد إذن يلتزم ذاتاً بعمل شيء (obligation de faire) . أما الغير إذا قبل التعهد . فإنه يلتزم بهذا التعهد . وقد يكون محله عمل شيء كأن يقوم ببناء منزل . أو الامتناع عن شيء كأن يمتنع عن منافسة متجر ، أو نقل حق عيني كما إذا تعاهد الشركاء في الشبوع متعهدين عن شريك لهم على بيع الشيء الشائع . والزام المتعهد بحمل الغير على قبول التعهد هو الزام بالوصول إلى غاية (obligation de resultat) وليس التزاماً ببذل عناية (obligation de moyen) . فليس يكفي أننا ببذل المتعهد ما في وسعه لحمل الغير على قبول التعهد . بل يجب أن يصل فعلاً إلى هذه الغاية فيقبل الغير التعهد . ولكن إذا قبل الغير التعهد . وقف الزام المتعهد عند هذا . فلا يكفل تنفيذ الغير للتعهد . ومن هنا كان الفرق بين المتعهد عن الغير والكفيل . فالكفيل يكفل تنفيذ الزام المدين بعد أن يوجد ،

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «وقد أشير ابتداء إلى الفارق الجوهرى بين الاشتراط لمصلحة الغير والوعد بالزام الغير (التعهد عن الغير) . فالأول يحول الغير حقاً مباشراً ، على قبض الثانى فهو لا يلزم الغير ببقائه . فالوعد يلتزم شخصاً ، ويكون من واجبه أن يعرض من تعاهد معه عيناً أو قدراً إذا رفض الغير أن يتعاهد . ومؤدى هذا أن الغير لا يلتزم إلا بمقتضى إقراره للوعد ، ولا يكون لهذا الإقرار أثر إلا من وقت صدوره ما لم تنصرف النية إلى غير ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٩ - ٢٧٠)

ولا يكفل إيجاده . أما المتعهد عن الغير فيكفل إيجاد الالتزام في ذمة الغير ولا يكفل تنفيذه (١) .

٣٦٠- للغير أنه يقبل التعهد أو يرفضه: والغير حر في قبول التعهد أو رفضه . ذلك أن التعهد لم يلزمه بشيء كما قدمنا . فهو أجنبي عن العقد أصلاً (penitus extranei) . فلا ينصرف إليه أثره . وهذا ما يجعل التعهد عن الغير مجرد تطبيق للقواعد العامة كما مر .

ويبقى أن نستعرض الحالتين : (١) قبول الغير للتعهد . (٢) ورفضه أيّاه .

١٤ - قبول الغير للتعهد

٣٦١- كيف يكونه القبول: يكون القبول صريحاً أو ضمناً . ومثل القبول الضمني أن يقوم الغير بتنفيذ التعهد . والقبول تصرف قانوني ، فتشترط فيه الأهلية . ولا يشترط فيه شكل خاص إلا إذا اشترط القانون ذلك . كما في الرهن الرسمي والهبة .

٣٦٢- أثر القبول : يعتبر التعهد - وهو عقد بين المتعهد والمتعاقد معه - بمثابة إيجاب معروض على الغير من جانب المتعاقد مع المتعهد . فإذا قبل الغير التعهد فقد قبل هذا الإيجاب . وتم عقد جديد بين الغير والمتعاقد مع المتعهد . وهذا العقد الجديد هو غير العقد الذي تم أولاً بين المتعهد والمتعاقد معه . ويختلف العقدان من حيث أطراف التعاقد . ومن حيث الالتزامات

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في هذا السدد ما يأتي : « فإذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر ، ونصب فيه زعماً بذلك ، فلا يكون من أثر هذا التعهد إلزام هذا الغير . وكل ما هنالك أن الواعد يتعهد بالوفاء بالتزام بعمل شيء هو الحصول على إقرار الغير للوعد الذي بذل عنه . ذلك هو مدى التزام الواعد على وجه الدقة . فليس يكفي عند رفض الإقرار أن يكون هذا الواعد قد بذل ما في وسعه للحصول عليه ، ولا يشترط كذلك أن يقوم من بذل الوعد عنه بتنفيذ تعهده إذا ارتضى إقراره . وهذا ما يفرق الوعد بالتزام الغير عن الكفالة » (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٣٠٦) .

هذا وقد قضى تقنين الالتزامات السويسري (م ١١١) بأن التعهد عن الغير لا يكفل إيجاد الالتزام في ذمة الغير لحسب ، بل يكفل أيضاً تنفيذ هذا الالتزام . فالتعهد عن الغير في القانون السويسري يتضمن الكفالة .

التي تنشأ . ومن حيث الوقت الذي يتم فيه كل منهما .
أما من حيث أطراف التعاقد . فالعقد الأول طرفاه المتعهد والمتعاقد معه .
والعقد الثاني طرفاه المتعاقد مع المتعهد والغير . فهناك طرف مشترك في العقدين .
هو المتعاقد مع المتعهد . أما الطرف الآخر فمختلف . وهو المتعهد في العقد
الأول والغير في العقد الثاني .

وأما من حيث الالتزامات . فالعقد الأول ينشئ التزاماً بعمل شيء في
ذمة المتعهد ، هو حمل الغير على قبول التعهد . والعقد الثاني ينشئ التزاماً
في جانب الغير قد يكون محله نقل حق عيني أو عملاً أو امتناعاً عن عمل . وقد
مر بيان ذلك .

وأما من حيث وقت تمام العقد ، فالعقد الأول يتم عند تلاقى الإيجاب
والقبول من المتعهد والمتعاقد معه . والعقد الثاني لا يتم إلا عند صدور القبول
من الغير . فليس للقبول إذن أثر رجعي ، إلا إذا تبين أن الغير قصد صراحة
أو ضمناً أن يستند أثر القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد . كما هو
صريح نص الفقرة الثانية من المادة ١٥٣ وقد مر ذكرها . فإذا تعاقد شركاء
في الشيوع متعهدين عن قاصر فيهم . وقبل القاصر التعهد بعد بلوغه سن الرشد ،
فالمفهوم ضمناً أن القاصر قصد أن يكون لقبوله أثر رجعي . يستند إلى وقت
تعاقد الشركاء . وإذا قصد الغير أن يكون لقبوله أثر رجعي . فإن هذا الأثر
ينتفى بالنسبة إلى أى شخص كسب حقاً يؤثر فيه الأثر الرجعي . فإذا تعهد (أ)
أن (ب) يبيع منقولاً يملكه إلى (ج) . ولكن (ب) باع المنقول إلى (د) ،
ثم قبل التعهد الصادر من (أ) . فإن (ب) يكون قد باع المنقول مرتين متتاليتين ،
المررة الأولى إلى (د) . والمررة الثانية إلى (ج) . فإذا كان قبوله للتعهد ذا أثر
رجعي أضرم هذا بالمشتري (د) إذ يتأخر عن المشتري (ج) . لذلك لا يكون
للقبول أثر رجعي بالنسبة إلى (د) فيتقدم على (ج) . أما إذا كان المبيع عقاراً ،
فالتفاضل يكون بالأسبقية إلى التسجيل (١) .

(١) وقد كان الفقه في القانون القديم يميل إلى أن يجعل لقبول أثر رجعي (أنظر نظرية
للمعهد لنؤلف م ٨٧٠ - م ٨٧١ ونوع خاص الماشيتين ٢٠١ في م ٨٧١) - هنا
وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديد في هذا الصدد ما يأتي: « ويتحلل الواعد =

وإذا كان صدور القبول من الغير يرتب في ذمته التزاماً على النحو الذي بيناه ، فهذا الالتزام قد نشأ من العقد الثاني الذي كان طرفاً فيه . ومن ثم لا يكون التعهد عن الغير إلا محض تطبيق للقواعد العامة كما قدمنا ، فإن الغير لم يلتزم بالعقد الأول الذي كان أجنبياً عنه ، بل التزم بالعقد الثاني الذي كان طرفاً فيه . والالتزام الغير بالعقد الثاني يقضى الالتزام المتعهد بالعقد الأول . إذ أن التعهد يكون قد نفذ التزامه بحمل الغير على قبول التعهد .

٢٨ - رفض الغير للتعهد

٣٦٣ - **عدم مسؤولية الغير** : قدمنا أن الغير حر في قبول التعهد أو رفضه . فإذا رفضه كان غير مسئول ، لأن التعهد لم يرتب في جانبه أى التزام (١) .

٣٦٤ - **مسؤولية المتعهد** : ولكن المتعهد يتحمل مسؤولية قبوله عن العقد الذي تم بينه وبين المتعاقد معه (٢) . وهو لا يتخلص من التزامه العقدى إلا إذا أثبت أنه لم يستطع القيام به لسبب أجنبى . ولا يعتبر امتناع الغير عن قبول التعهد سبباً أجنبياً (٣) . فإذا لم يستطع المتعهد إثبات السبب الأجنبى كان مسئولاً . وجزاء هذه المسؤولية دفع تعويض للطرف الآخر المتعاقد معه عما أصاب هذا من الضرر من جراء رفض الغير للتعهد . وتقدر التعويض طبقاً للقواعد العامة .

== من التزامه بمجرد إقرار الغير لبرعه . والواقع أن التزام الواعد يقضى في هذه الصورة من طريق الوفاء . ويرتب على الإقرار أن يصبح الغير مدينأ مباشرة للعاقدة الآخر ، لا على أساس الوعد الذى قطعه الواعد ، بل بناء على عقد جديد يقوم بداهة من تاريخ هذا الإقرار ، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر الإقرار إلى الوقت الذى صدر الوعد فيه . وغنى عن البيان أن الإقرار ينزل منزلة القبول من هذا العقد الجديد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٦ - ص ٣٠٧) .

(١) استئناف مخطوط في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٦٦ .

(٢) استئناف مخطوط في ٢٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٨٢ .

(٣) ولكن يعتبر سبباً أجنبياً (قوة القاهرة) أن يكون الغير قد أصبح في حالة لا يستطيع معها أن يصدر منه قبول صحيح بعد أن كان يستطيع ذلك وقت التعهد عنه ، بأن يكون قد حجر عليه أو مات وكان الالتزام متصلاً بشخصه لا يستطيع ورثته أن يقوم به .

ولا يمكن إجبار المتعهد على تنفيذ الالتزام الذى كان يراد من الغير أن يقبله . ولكن يجوز للمتعهد إن شاء أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام . إذا كان تنفيذه ممكناً ولم يكن متصلاً بشخص الغير . فالإلزام المتعهد بتنفيذ هذا الالتزام هو إذن إلزام بدلى . إذ التزامه الأصلى هو دفع التعويض ، ولكن يستطيع أن يرى ذمته من التعويض بأن ينفذ الالتزام المشار إليه (م ٢٧٨) (١) .

المطلب الثانى

الاشتراط لمصلحة الغير (*)

(Stipulation pour autrui)

٣٦٥ - **المعصر من القاننية** : نصت المادة ١٥٤ من القانون الجديد

على ما يأتى :

« ١ - يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التميدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وإذا امتنع الغير عن إجازة الوعد ، فلا ترتب على امتناعه هذا أية مشولية ، ذلك أن الوعد لا يلزم إلا الواعد ذاته . ويكون من واجبه تنفيذ التزامه ، إما بتعويض العاقد الآخر الذى صدر الوعد لمصلحته ، وإما بالوفاء عيناً بالتعهد الذى ورد الوعد عليه إذا أمكن ذلك دون إلحاق ضرر بالدائن . ويستوى فى هذا أن يكون الوعد متعلقاً بالتزام بنقل حق عيني أو بعمل شئ أو بالامتناع عنه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٦) .

هذا وقد كان الفقه المصرى فى القانون القديم متردداً فى أن يجوز للغير أن يعدل عن التعويض إلى تنفيذ الالتزام عيناً (أنظر فى هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف ص ٨٧٣ هامش رقم ٧) . وقد جاء نص القانون الجديد صريحاً فى حسم هذا الخلاف ، وقضى بجواز ذلك .

(*) **بعض المراجع** : رسالة الأستاذ لامير باريس سنة ١٨٩٣ - رسالة الأستاذ شامبو

(Champeau) باريس سنة ١٨٩٣ - رسالة لبرى (Le Bray) باريس سنة ١٨٩٩ - سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ٢٤٥ - فقرة ٢٥٨ - رسالة الدكتور حامد الهيمى فى الاشتراط لمصلحة الغير فى القانون الإنجليزى باريس سنة ١٩٢٥ - مقال للأستاذ لاييه (Lahb) فى المجلة العملية (Revue pratique) سنة ١٨٩٩ ص ٣١٤ - مقال للأستاذ بنشون (Pinchon) فى المجلة الانتقادية (Revue critique) فى المجلد التاسع والعشرين ص ٦١٢ - مقال للأستاذ بيكار (Picard) فى المجلة الأصلية سنة ١٩٢٢ ص ٥ .

الغير ، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية . مادية كانت أو أدبية .

« ٢ - ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه . ما لم يتفق على خلاف ذلك . ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد .

« ٣ - ويجوز كذلك للمشرط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع . إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك (١) . ونصت المادة ١٥٥ على ما يأتي :

« ١ - يجوز للمشرط دون دائنيه أو رثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد رغبته في الاستفادة منها ، ما لم يكن في ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد .

« ٢ - ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشرط . إلا إذا اتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك . وللمشرط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول ، كما له أن يستأثر لنفسه بالاستفاد من المشاركة (٢) . ونصت المادة ١٥٦ على ما يأتي :

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢١٠ من المشروع التمهيدى على وجه الاختلاف عما هو إلا في بعض تعديلات لفظية . وقد أقرته لجنة المراجعة ، عد تعديلات لفظية ، تحت رقم المادة ١٥٨ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدنى مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « بتنفيذ الالتزام » بعد لفظ « المتعهد » في الفقرة الثانية لإزالة الشبهة التي قامت حول كلمة « المتعهد » وجواز انصرافها إلى كل من العاقدين ، وأدخلت بعض تعديلات لفظية أخرى حتى أصبح النص مطابقاً لنص القانون الجديد . وأقرت اللجنة النص تحت رقم المادة ١٥٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدته لجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٩ - ص ٣١٣) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢١١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق . وقد أقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٥٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدنى مجلس الشيوخ قيل في تفسير عبارة « ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد » إن نفس الاشتراط يكون مخالفاً لما يقتضيه العقد إذا كانت العلاقة ما بين المشرط والمنتفع تقوم مثلاً على هيئة من الأول للثاني ، ونكون هيئة لا يجوز الرجوع فيها . وأقرت اللجنة النص تحت رقم المادة ١٥٥ . ووافق على النص مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٣ - ص ٣١٥) .

« يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً أو جهة مستقبلية ، كما يجوز أن يكون شخصاً أو جهة لم يعين وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشاركة (١) ».

أما القانون القديم فقد اشتمل على نص واحد في موضوع الاشتراط لمصلحة الغير هو نص المادتين ١٣٧/١٩٨ ويجرى بما يأتي :

« من عقدت على ذمته مشاركة بدون توكيل منه ، فله الخيار بين قبولها أو رفضها (٢) ».

وبالرغم مما يسود نص القانون القديم من اضطراب وغموض ، وما تتميز به نصوص القانون الجديد من جلاء ووضوح ، فإن القانون الجديد لم يستحدث شيئاً في موضوع الاشتراط لمصلحة الغير ، ولم يفعل إلا أن قنن في نصوص واضحة ما جرى عليه القضاء والفقه في ظل القانون القديم (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢١٢ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً ، كما يجوز أن يكون شخصاً لم يعين وقت العقد ما دام تعيينه مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره » . وأقرت لجنة المراجعة النص ، مع استبدال عبارة « متى كان » بعبارة « ما دام » ، تحت رقم المادة ١٦٠ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ أضيفت عبارة « أو جهة مستقبلية » بعد عبارة « شخصاً مستقبلاً » لأن الاشتراط يجوز أن يكون لمصلحة جهة نشأت فيما بعد ، وعدل النص تعديلاً لفظياً يناسب هذه الإضافة . وأقرت اللجنة النص تحت رقم المادة ١٥٦ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٥ - ٣١٩) .

(٢) أنظر في انتقاد الغموض والاضطراب في هذا النص ، وفي الحيرة بين أن يكون نصاً في الفضالة أو في العهد عن الغير أو في الاشتراط لمصلحة الغير نظرية العقد للمؤلف بقرة ٧٧٨ .

(٣) وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي عندما تقول في هذا الصدد : « ... أصبح اليوم الاشتراط لمصلحة الغير قاعدة عامة بعد أن كان استثناء لا يعمل به إلا في حالات بخصوصها . ولهذا العلة استبدل المشروع بالمادة الفاضلة الوحيدة التي تضمنها الفقيهين الحال نصوماً جلية مفصلة حددت في وضوح شروط الاشتراط لمصلحة الغير وآثاره ، فأوجب أن يكون للشرط مصلحة شخصية ، مادية أو أدبية ، في تنفيذ الالتزام المشروط لمصلحة الغير . وأباح له أن ينقض الاشتراط أو يستبدل بالمنتفع شخصاً آخر ، بل وأباح له أن يستأثر لنفسه ولورثته بمنفعة المشاركة مادام الغير لم يعلن رغبته في الاستفادة منها . وبالتالي فالمنتفع يقتضي الاشتراط حقاً مباشراً مصدره العقد ذاته » وفي هذه الناحية تجعل الفكرة الأساسية في فقه هذا الوضع بأسره ، فإن الغير يكسب حقاً بناء على عقد لم يكن طرفاً فيه . ويجوز للمنتفع أو الشرط أن يطالب بقضاء هذا الحق ، لأن لكل منهما مصلحة في ذلك . وأخيراً نص على =

٣٦٦ - وضع المسألة: ونبدأ بوضع المسألة على نحويين مكان

الاشتراط لمصلحة الغير من النظم المدنية . فلو أننا سرنا في الاشتراط لمصلحة الغير على القواعد العامة كما فعلنا في التعهد عن الغير ، لترتب على ذلك أن الاشتراط لمصلحة الغير يتكون من عقدين : العقد الأول ما بين المشرط والمتعهد . يلتزم فيه المتعهد أن يتعاقد مع المنتفع . والعقد الثاني ما بين المتعهد والمنتفع ، يلتزم فيه المتعهد نحو المنتفع . ويكون الأساس القانوني واحداً في الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير : في كليهما يكسب الغير حقاً أو يترتب في ذمته التزام ، لا بمقتضى العقد الذى لم يكن طرفاً فيه ، بل بمقتضى عقد جديد كان أحد طرفيه .

لو كان الأمر هو ذلك في الاشتراط لمصلحة الغير لما احتاج إلى كبير عناء ، ولكنا عاجلنا الاشتراط مع التعهد في مكان واحد لوحدة الأساس القانوني . ولكن الأساس القانوني في الاشتراط لمصلحة الغير غيره في التعهد عن الغير . ذلك أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يتضمن عقدين كالتعهد عن الغير : بل هو لا يشتمل إلا على عقد واحد : تم بين المشرط والمتعهد ، والمنتفع إنما يكسب حقه من هذا العقد بالذات ، أى من عقد لم يكن هو طرفاً فيه . فكيف ثار المشرع المصرى ، في القانونين القديم والجديد ، هذه الثورة على القواعد التقليدية ؟ وأجاز أن ينشئ العقد حقاً للغير ؟

الواقع من الأمر أن المشرع المصرى لم يكن مبتدعاً عند ما قرر ذلك . فقد سبقه القانون الرومانى في هذا الطريق ، ومن بعده القانون الفرنسى القديم ، ومن بعدهما القانون الفرنسى الحديث . ثم إن القاعدة لم تقف عند ما قرره المشرع الفرنسى الحديث ، بل تطورت على يد القضاء والفقهاء تطوراً سريعاً حتى وصلت إلى أن تكون مبدأ عاماً قرره القانون المصرى الجديد في صراحة ووضوح على النحو الذى رأيناه في النصوص التى نقلناها عن هذا القانون . فنحن نبحث : (أولاً) كيف تطورت القاعدة وما وصلت إليه في تطبيقاتها العملية . (ثانياً) شروط تحققها . (ثالثاً) أحكامها .

= جواز الاشتراط لمصلحة شخص من قبل أو شخص غير معين وقت العقد ، ويعتبر ذلك قصارى ما وصل إليه تطور هذا النظام (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٩) .

١٨ - كيف تطورت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

وما وصلت إليه في تطبيقها العملية

٣٦٧- القانون الروماني : بدأ القانون الروماني في عهده الأولى أميناً

على القاعدة التي تقضى بأن العقد لا ينشئ حقاً للغير . ووصل في ذلك إلى حد أن منع النيابة في التعاقد . فكما لا يجوز للمتعاقد أن يشترط حقاً للغير إذا تعاقد باسمه الشخصي ، كذلك هو لا يستطيع إيجاد حق للغير حتى لو تعاقد باعتباره نائباً عن هذا الغير . ولكن كلا من نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ونظرية النيابة تطورت في القانون الروماني . وبعيد هنا تطور نظرية الاشتراط لمصلحة الغير .

فإن القيود التي ترجع إلى الصياغة الرومانية ما لبثت أن تصدعت أمام الضرورات العملية . فالمدني الذي يبيع عبثاً ويريد أن يشترط على المشتري دفع الثمن لدائته سداداً للدين ، لا شك في أن له في هذا الاشتراط مصلحة مادية . والابن الذي يريد أن يجعل ثمن ما باعه ميراثاً مرتباً يدفع لأبيه ما دام هذا حياً . لا شك في أن له في هذا الاشتراط مصلحة أدبية . وكلتا المصلحتين ، المادية والأدبية . جذيرة برعاية القانون . فعالج الرومان هذا الأمر على أساس أن جعلوا المشتري لمصلحة الغير يصطع لنفسه حقاً شخصياً في العقد ، وذلك بأن يضع شرطاً جزائياً (stipulatio poene) يطالب به المتعهد إذا لم يقيم هذا بما تعهد به لمصلحة المنتفع . ثم انقلب الشرط الجزائي الصريح إلى شرط جزائي مفروض ، فأعطى المشتري دعوى تعويض قبل المتعهد إذا لم يقيم هذا بالتزامه لمصلحة المنتفع دون حاجة لوضع شرط جزائي . ويمكن لتبرير دعوى التعويض هذه قيام مصلحة مادية أو أدبية . ولكن لم يكن للمنتفع حق مباشر يكسبه من التعهد . يستطيع أن يطالب به المتعهد .

واستمر القانون الروماني في تطوره . فأعطى للمنتفع حقاً مباشراً يكسبه من العقد ، ولكن في صورة دفع (exceptio) . ثم أعطاه الحق المباشر في صورة دعوى (actio) ، ولكن في حالات استثنائية معدودة دعت إليها الضرورات العملية . وهذه الحالات هي : (١) الحبة إذا اشترط فيها الواهب

على الموهوب له حقاً لمصلحة الغير (donation sub modo). (٢) اشترط المورث لمصلحة ورثته . (٣) اشترط المتعاقد حقاً للغير في عقود معينة : عقد المهر يوجب فيه المشترط على المتعهد أن يعطى مهراً للمتفع ، وعقدا الوديعة والعارية يلزم فيهما المودع والمعير حافظ الوديعة والمستعير بأن يردا العين للمتفع . وعقد رهن الحيازة إذا باع الدائن المرتهن العين لاستيفاء حقه من ثمنها فيشترط على المشتري رد العين إلى الراهن إذا رد هذا إليه الثمن .

٣٦٨ - **القانون الفرنسي القديم** : وورث القانون الفرنسي القديم هذه الاستثناءات عن القانون الروماني . وأضاف إليها استثناء جديداً . كان الرومان لا يعطون فيه للمتفع إلا دفعا فأعطى دعوى بدل الدفع . وهذه هي حالة اشترط البائع على المشتري أن يدفع الثمن لشخص ثالث .

٣٦٩ - **قانون نابليون** : واحتفظ قانون نابليون بالقاعدة الرومانية ، إذ قرر في المادة ١١١٩ أنه لا يجوز لمتعاقد أن يشترط باسمه إلا لنفسه . ثم استثنى من هذه القاعدة حالتين أجاز فيهما الاشتراط لمصلحة الغير . وهاتان الحالتان ، على ما تقرر المادة ١١٢١ من هذا القانون . هما : (١) إذا وهب المشترط شيئاً للمتعهد ، واشترط عليه في مقابل ذلك حقاً لأجنبي عن العقد هو المتفع . وهذه هي الهبة بشرط (donation sub modo) التي عرفها كل من القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم . (٢) إذا صدر من المشترط عقد معاوضة اشترط فيه أولاً حقاً لنفسه . ثم قرن ذلك بأن اشترط حقاً للغير . وهنا نجد شيئاً من التجديد لم نعهده لا في القانون الروماني ولا في القانون الفرنسي القديم . فإن هذين القانونين كانا يستثنيان من القاعدة التي تقضي بأن العقد لا ينشئ حقاً للغير عقوداً معينة بالذات ذكرناها فيما تقدم . أما المشرع الفرنسي فقد وسع من جهة . وضيق من جهة أخرى . وسع في أنه لم يخص عقوداً دون أخرى بالاستثناء . وضيق في أنه لم يجز للمتعاقد أن يشترط للغير حقاً إلا إذا كان مقروناً باشتراطه حقاً لنفسه .

٣٧٠ - **الفناء والفقر** : على أن تطور القاعدة بقي مستمراً يواجه الحاجات العملية المتجددة ، وبخاصة ما تقتضيه عقود التأمين التي كان لها أكبر الأثر

في تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير . ففسر الفقه والقضاء في فرنسا كلمة (stipulation) الواردة في المادة ١١٢١ . لا بالاشتراط كما هو معناها الدقيق . بل بالتعاقد بوجه عام ، سواء كان التعاقد مشروطاً حقاً لنفسه أو مرتباً التزاماً في ذمته . فيكفي أن «يتعاقد» المشترط لنفسه . ويستطيع بعد ذلك أن يشترط للغير حقاً دون أن يشترط حقاً لنفسه . والمهم توافر شرطين : (١) أن يتعاقد لنفسه مشروطاً حقاً أو مرتباً التزاماً كما قدمنا . فإذا كان لم يشترط شيئاً لنفسه ، فيكفي أن يلتزم بشيء عن نفسه . وبذلك يتسع صدر الاستثناء لأن يضم ما استجد من الحاجات . ففي عقد التأمين على الحياة لمصلحة الغير ، وفي عقد التأمين الذي يبرمه رب العمل لمصلحة عماله . نرى التعاقد لمصلحة الغير لم يشترط لنفسه حقاً . ولكنه رتب في ذمته التزاماً هو دفع أقساط التأمين . (٢) أن يكون للتعاقد مصلحة مادية أو أدبية تدفعه إلى الاشتراط لمصلحة الغير . لأن محل التعاقد يشترط أن تكون فيه فائدة شخصية للتعاقد ، والمشرط قد تعاقد على منفعة تؤدي للغير ، فيجب أن تكون له في هذه المنفعة مصلحة شخصية ، مادية أو أدبية . وإلا بطل التعاقد .

على أن الشرط الأول من هذين الشرطين — وهو أن يكون للمشرط دور شخصي في التعاقد مشروطاً حقاً لنفسه أو مرتباً التزاماً في ذمته — لم يلبث أن اختفى هو أيضاً (١) . وأصبح يكفي أن يكون للمشرط مصلحة مادية أو أدبية في الاشتراط لمصلحة المنتفع ، وليس من الضروري أن يشترط لنفسه أو يلتزم عن نفسه .

بل إن القضاء والفقه وصلا في التطور إلى حد أن أجازا الاشتراط لمصلحة شخص غير معين ، بل لمصلحة شخص غير موجود . فرب العمل الذي يؤمن من مخاطر العمل لمصلحة عماله إنما يؤمن لمصلحة أى عامل يدخل في خدمته . فالمنتفع هنا بالتأمين أشخاص غير معينين ، ولكن تعيينهم مستطاع وقت أن ينتج العقد أثره (٢) . وكثيراً ما يؤمن الشخص لمصلحة أولاده الموجودين ومن سيولد منهم (enfants nés et à naître) ، بل قد لا يكون له أولاد

ومع ذلك يؤمن لمصلحة ما عسى أن يوجد له من أولاد في المستقبل . فالمتنفع هنا أشخاص غير موجودين وقت إبرام عقد التأمين . ولكنهم لا ينالون حقاً إلا إذا وُجدوا معينين بالذات وقت أن ينتج عقد التأمين أثره . وهذا الوضع يتمشى مع النظرية المادية للالتزام التي لا تشترط وجود الدائن وقت صدور العقد ، وتكتفى بوجوده وقت تنفيذ العقد (١) .

٣٧١- القانون المصري القديم والحديث : هذا هو التطور الذي وصلت

إليه قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ، فانقلبت من استثناء محدود إلى قاعدة عامة . وهذا ما عبر عنه القانون القديم في عبارات غامضة مضطربة سبق إيرادها ، وما عبر عنه القانون الجديد في عبارات صريحة واضحة ، فقال في المادة ١٥٢ إن العقد لا يربط التزاماً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً . ثم طبق القاعدة في المادة ١٥٤ ، فأجاز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية . فلم يستبق من القيود التي كانت تحيط بالقاعدة في خلال تطورها إلا الشرط الأخير . وهو وجود مصلحة شخصية للمشترط ، وأجاز في المادة ١٥٦ للمشترط أن يشترط لمصلحة شخص غير معين ولمصلحة شخص غير موجود على النحو الذي رأيناه في النصوص التي أوردناها . فيكون القانون المدني الجديد قد سجل في نصوصه آخر مراحل التطور لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير .

(١) أنظر في هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٠١ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التميد في هذا الصدد ما يأتي : « ومع ذلك فلم يكن من الهين إدراك فكرة انصراف منفعة العقد إلى غير عاقديه باعتبارها صورة من صور الأوضاع القانونية مع ما هو ملحوظ من بساطتها . فالقنن الفرنسي ذاته ، وأغلب القننات اللاتينية من بعده ، قد جعلت منها جيباً مجرد استثناء لا يطبق إلا في حالتين . ولم يسم هذا الاستثناء إلى مرتبة الأصل ، وبسط نفاذه على سائر الحالات ، إلا في خلال القرن التاسع عشر ، وعلى وجه الخصوص على أثر ما أصاب عقد التأمين من نمو وذبوع . وقد بلغ التوسع في تطبيق هذا الأصل شأواً بعيداً ، وانتهى الأمر إلى إباحة الاشتراط إذا كان المنفع شخصاً مستقلاً أو شخصاً لم يبين وقت التعاقد ما دام تعيينه مستطاعاً عندما ينتج هذا التعاقد أثره كما هو الشأن في التأمين لمصلحة من ولد ومن يولد من ذرية المؤمن . وقد قل المشروع قواعد الاشتراط لمصلحة الغير في صورتها التي انتهت إليها في آخر مرحلة من مراحل تطورها (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٦ - ص ٣١٧) .

٣٧٢- التطبيقات العمومية لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير : والقاعدة .

في آخر تطور لها على النحو الذي بيناه . لها تطبيقات عملية كثيرة نذكر منها ما يأتي :

(١) - **التطبيقات التفسيرية:** ومن هذه التطبيقات الهبة أو البيع مع اشتراط الواهب أو البائع على الموهوب له أو المشتري ترتيب إيراد أو حق ما للغير . ومنها بيع العين المرهونة مع اشتراط البائع على المشتري أن يدفع أقساط الدين إلى الدائن المرتهن (١) ، ويلاحظ في هذه الحالة أن المشتري وقد أصبح ملتزماً بالدين التزاماً شخصياً لا يستطيع تطهير العقار (٢) . وقد طبقت محكمة الاستئناف المختلطة قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير في حالة اشتراط فيها البائع على الجار ألا يأخذ بالشفعة رعاية لمصلحة المشتري ، فكسب المشتري حقاً من هذا العقد الذي لم يكن طرفاً فيه (٣) . كذلك قد يشترط صاحب المتجر إذا

(١) استئناف مختلط في ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ١٨ ص ١٨٤ - وفي ١٨ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٢٧ - وقضت محكمة النقض بأنه إذا تعهد أحد المتبادلين في أطيان بأن يدفع بعض المتحق عليه من فرق البذل في نصيب التبادل الآخر من دين على أطيان أخرى هو شريك له فيها على الشروع ، فهذا التعهد هو من قبيل الاشتراطات لمصلحة الغير ، لا يصح فيه للتبادل الآخر أن يطلب دفع المبلغ إليه ، بل له فقط أن يطالب التعهد بتنفيذ تعهده (نقض مدني في ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠٩ ص ٣٣٧) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اشتراط البائع على المشتري أن يدفع الدين إلى الدائن المرتهن لا يعتبر اشتراطاً لمصلحة الدائن إلا إذا تدخل الدائن في عقد البيع وقبل الاشتراط لمصلحته (٨ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٦٣) . ونرى أنه ليس من الضروري تدخل الدائن في عقد البيع ذاته ، وبكفي أن يصدر منه قبول ولو مستقلاً عن البيع ، وبهذا تقضى القواعد المقررة في قبول المتفع . ولكن إذا رفض الدائن قبول الاشتراط ، زال حقه الشخصي قبل المشتري . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة - بما المعنى بأنه إذا قبل المشتري أن يدفع الدين المضمون بالرهن على العقار المبيع ، فإن هذا يعد اشتراطاً لمصلحة الغير ، ويكون للدائن المرتهن حق مباشر قبل المشتري ، ولكن إذا استمر الدائن المرتهن في إجراءات التنفيذ على العقار المرهون التي كان بدأها قبل البيع ، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى شخصية على المشتري لأن هذا لم يقبل الاشتراط لمصلحة الغير إلا على أساس أن الدائن المرتهن لا يترفع ملكية العقار (٤ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١١٤) .

(٣) أول أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٥٥ - ويلاحظ أنه كان من المقرر في القانون القديم أن الشفيع لا يصح نزوله عن حقه في الأخذ بالشفعة إلا بعد قيام هذا الحق ببيع العقار الشفوع فيه . فكان من المستطاع مداورة هذا المظهر عن طريق تصور الشفيع متصفاً =

باع متجره لمصلحة العمال والمستخدمين . فيأخذ على المشتري عهداً أن يقيمهم في العمل أو ألا ينقص من أجورهم . وفي عقود النقل يتم العقد بين شركة النقل ومرسل البضاعة ، فيتولد عن هذا العقد حق مباشر للمرسل إليه يستطيع بمقتضاه أن يطالب شركة النقل بتنفيذ شروط العقد : كتسليم البضاعة في حالة جيدة وفي مكان معين (١) .

٢- عقود التأمين : عقد التأمين على الحياة هو خير مثال للاشتراط

لمصلحة الغير . والمتعاقد تارة يؤمن لمصلحته ولمصلحة ورثته من بعده إدامات قبل مدة معينة ، وطوراً يؤمن لمصلحة أقارب له معينين دون أن يشترط لنفسه شيئاً . وفي الحالتين يوجد اشتراط لمصلحة الغير يكسب المنتفع بمقتضاه حقاً مباشراً من عقد التأمين . وقد يؤمن المستحق في وقف على حياته لمصلحة دائته . حتى إذا مات وانقطع استحقاقه استطاع الدائن أن يستولى على حقه من مبلغ التأمين . وعلى العكس من ذلك قد يؤمن الدائن على حياة مدينه ضماناً لحقه (٢) . وعدا التأمين على الحياة توجد عقود تأمين أخرى يشترط فيها المؤمن لمصلحة الغير . فكثيراً ما يؤمن رب العمل لمصلحة عماله مما يصيبهم من الضرر أثناء العمل . فيكون الغير هنا هم العمال يكسبون حقاً مباشراً قبل شركة التأمين عما يصيبهم من الضرر (٣) . ويقرب من هذا أن يتفق رب العمل مع طبيب لعلاج

= بالامتناع عن عمل هو المطالبة بالشفعة في اشتراط لمصلحة المشتري . أما في القانون الجديد فيجوز أن ينزل الشفع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع (م ٩٤٨ جديد) .

(١) أنظر في تطبيق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير على الأوراق التجارية نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٩٥ .

(٢) قارن استئناف مختلط في ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٦٧ .

(٣) أما إذا آمن رب العمل على مسؤوليته نحو العمال عما يحدث لهم من الضرر أثناء العمل ، وبوجه عام إذا آمن شخص على مسؤوليته عن الحوادث ، كحوادث السيارات وحوادث النقل ونحو ذلك ، فإن المؤمن له لا يكون مشروطاً لمصلحة الغير بل لمصلحته هو . ولا يكسب من يكون دائناً في هذه المسؤولية حقاً مباشراً قبل شركة التأمين ، وإن كان يستطيع أن يستعمل دعوى مدينه المؤمن له قبل شركة التأمين ولكن يتعرض في هذه الحالة لمزاولة دائي المؤمن له (استئناف مختلط في ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٩ - وانظر عكس ذلك استئناف مختلط في ١٥ بونة سنة ١٩٣٢ جريدة مصر القضائية (L'Egypte Judiciaire) السنة الأولى العدد العاشر ص ١٠ - وانظر في رجوع شركة التأمين بما دفعته من تعويض للمؤمن له رجوعاً مباشراً على المسؤول عن الحريق في حالة التأمين من الحريق المادة ٧٧١ من القانون المدني الجديد) .

العمال مجاناً . فى هذه الحالة يكون للعمال حق مباشر قبل الضيـب إذا أهمل علاجهم أرفض ذلك (١) . وقد يؤمن عامل النقل لمصلحة مرسل البضاعة ، ويكون هذا اشتراطاً لمصلحة الغير (٢) . وقد يؤمن المدين الرهن على المنزل المرهون من الحريق لمصلحة الدائن المرتهن . وعقد التأمين لحساب من يملك الشئء المؤمن عليه (assurance pour le compte de qui il appartiendra) فيه اشتراط للغير ، فقد يكون الشئء منزلاً يؤمن صاحبه من الحريق أو بضاعة يؤمنها من التلف أو الفرق أو نحو ذلك من المخاطر ، ويشترط على شركة التأمين أن تدفع التعويض فى حالة تحقق الخطر لأى شخص يكون مالكاً فى ذلك الوقت للشئء المؤمن عليه .

٣- عقود الامتياز والتزام المرافق العامة : إذا حصلت شركة على

احتكار تلزم به مرفقاً من المرافق العامة ، كالاحتكار الذى يمنح لشركات المياه والنور والغاز والنقل ونحو ذلك . فإن مانع الاحتكار - الحكومة أو أحد المجالس البلدية - يشترط عادة على المحتكر شروطاً لمصلحة المتفعين من الجمهور . فبشترط مثلاً خدماً معيناً من الأجور لا يجوز للمحتكر أن يجاوزة . فى مثل هذه الحالة يوجد اشتراط لمصلحة الغير ، ويكون لكل فرد من الجمهور حق مباشر يكسبه من عقد الاحتكار ، ويستطيع بمقتضاه أن يقاضى المحتكر ويطالبه بتنفيذ الشروط التى فرضت لمصلحته (٣) . وقد أكد هذا المبدأ القانون المدنى الجديد فى النصوص التى أفردتها لعقد التزام المرافق العامة ، فنص فى المادة ٦٦٩ على أن ملزم المرفق العام يتعهد بمقتضى العقد الذى يبرمه مع عميله بأن يؤدى لهذا العميل على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للأجر الذى يقبضه ، وفقاً للشروط المنصوص عليها فى عقد الالتزام وملحقاته ، وللشروط التى تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من القوانين (أنظر أيضاً المادتين ٦٧٠ و٦٧١) .

(١) والتون ٢ من ٥٩ .

(٢) استئناف مختلط فى ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ من ٧١ .

(٣) استئناف مختلط فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ من ٤٦ - وفى ٢٥ يناير سنة

١٩٢٣ م ٢٥ من ١٦٥ - - فآرن استئناف مختلط فى ١٣ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ من ٤١٢ .

٤- **عقود المقاولة** : وكثيراً ما يفرض رب العمل في عقود المقاولات على المقاول شروطاً لمصلحة العمال . لا سيما إذا كان رب العمل هذا هو الحكومة أو شخص معنوي عام أو إحدى الشركات . ويثبت ذلك في دفتر الشروط (cahier des charges) ، فيضع حداً معيناً للأجور لا يجوز أن تنزل عنه . وشروطاً معينة من حيث ساعات العمل والتعويض عن الإصابات ونحو ذلك . فيصبح للعمال قبل المقاول حق مباشر استمذوه من عقد المقاولة التي لم يكونوا طرفاً فيها ، طبقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير (١) .

§ ٢- شروط تحقق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

٣٧٣- متى ينضم الاشتراط لمصلحة الغير : الاشتراط لمصلحة الغير يفترض وجود أشخاص ثلاثة : المشرط (stipulant) . والمتعهد (promettant) ، والمتنفع (bénéficiaire) . ولكي يتحقق يجب أن تتوافر الشروط الثلاثة الآتية : (١) أن يتعاقد المشرط باسمه لا باسم المتنفع . دون أن يدخل المتنفع طرفاً في العقد . (٢) أن يشترط المشرط على المتعهد حقاً مباشراً للمتنفع .

(١) ومن تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير الأكتابات العامة ، فإذا فتحت جريدة أو مجلة أكتتاباً لعمل خيري أو عمل عام ، أمكن القول إن للكتيب تعاقداً مع من انضم الأكتتاب مشروطاً لمصلحة الغير (والنون ٢ من ٥٨ - من ٥٩) . وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية في ١٨ أبريل سنة ١٩٣٨ (المخاماة ١٨ رقم ٢٦٥ من ١٠٦٦) بأن قول الوارث الآخر إن المورث لم يقصد بإيداع أموال لعن الورثة أت يهبهم إياها ، بل أراد إما التعايل على نظام صناديق التوفير الذي لا يجبر لأحد أن يكون له أكثر من دفتر واحد ولا أن تزيد وديعته على خمسمائة جنيه ، وإد الرصبة بتلك الأموال لمن أودعت باسمه ، قول لا يقبل ما لم يقم عليه دليل مقنع . وبمجرد بقاء الدفتر تحت يد المورث لا يكفي لإثباته ، بل الراجح الذي يؤيده العرف الجاري بين الآباء هو أن المورث أراد بالإيداع أن يكون المال من حق من أودع الودائع باسمه في الحال ، وقد يكون له بواسطة بقاء الدفتر عنده الإشراف الفعلي فقط على تصرف هذا الوارث . على أنه حتى إذا كان المورث قد أراد ألا يؤول المال المودع إلى الوارث المذكور إلا بعد وفاته ، فإن هذا لا يجعل التصرف وصية ما دام الإيداع قد حصل باسم الوارث ، لأنه طبقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير يرجع حق المتنفع دائماً إلى يوم القصد نفسه ولو كانت النفعة لا تؤول إليه فعلاً إلا بعد وفاة المشرط كما في حالة التأمين على الحياة .

وملاحظ أن الحكم في رصده الأخير يكيف القصد بأنه ودعية اشترط المودع فيها أن يسلم المودع عنده المال عند وفاة المودع لشخص بالذات وهبه المودع هذا المال حال حياته .

(٣) أن يكون للمشترط من وراء هذا الاشتراط مصلحة شخصية ، مادية كدت أو أدبية .

وهذا ما أجملته الفقرة الأولى من المادة ١٥٤ من القانون الجديد إذ تقول : «يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير ، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية» .

٣٧٤- المشترط بتعاقد باسمه باسم المنتفع : وهذا الذي يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة . اتفاقية كانت أو قانونية . فالتائب ، وكبلا كان أو ولياً أو وصياً أو قيمياً أو فضولياً أو غير ذلك . يتعاقد باسم الأصل لا باسمه . أما المشترط فيتعاقد باسمه لا باسم المنتفع . والأصيل لا التائب هو الطرف في العقد . ورضاء التائب يغني عن رضائه . أما في الاشتراط لمصلحة الغير فالمشترط لا المنتفع هو الطرف في العقد . وقبول المنتفع للاشتراط ضروري حتى يتأكد في شخصه حق كسبه من عقد لم يكن طرفاً فيه .

ويترب على ما تقدم أن المشترط يختلف عن الفضولي اختلافاً جوهرياً . فالفضولي نائب عن رب العمل ، بخلاف المشترط فلا ينوب عن المنتفع . وقد كان هناك رأى . تبين الآن فساد ، يجعل المشترط فضولياً يتعاقد لمصلحة المنتفع ، وقبول المنتفع يعتبر إقراراً لعمل الفضولي فيقلب هذا وكبلا . وعن طريق الفضالة والوكالة ينصرف أثر العقد إلى المنتفع . أما فساد هذا الرأي فراجع إلى أن المشترط إنما يتعاقد باسمه كما قدمنا ، في حين أن الفضولي يتعاقد نيابة عن رب العمل . وهذا الفرق بين الوضعين تنبئ عليه نتائج عملية هامة ، نذكر منها ما يأتي :

١ - لما كان المشترط ليس بنائب عن المنتفع ، فإن كل شخص يستطيع أن يشترط لمصلحة الغير ما دامت له مصلحة شخصية في ذلك ، وليس كل شخص يستطيع أن يدير عمل الغير عن طريق الفضالة إذ لا بد من وجود ضرورة تقضي بذلك كما سترى عند الكلام في الفضالة .

٢ - يجب في الاشتراط لمصلحة الغير أن تكون للمشترط مصلحة شخصية ،

لأنه قد اُخذ باسمه. أما الفصولى فهو ، على التقيض من ذلك ، يجب ألا تكون له مصلحة شخصية فى إدارته لشئون رب العمل .

٣ - الفصولى ، وهو يعمل لحساب رب العمل ، يلتزم بالمضى فيما بدأ به ، ولا يجوز له الرجوع فيه . أما المشترط ، وهو يعمل بحسابه ، لا يلتزم بالمضى فى عمله ، بل هو ، على التقيض من ذلك . يجوز له الرجوع فى الاشتراط للمنتفع وإضافة الحق لنفسه أو لشخص آخر غير المنتفع .

٣٧٥- المشترط بشرط عفا مباشر للمنتفع : فإذا كان الحق الذى اشترطه المشترط إنما اشترطه لنفسه . ولكن تعود منه فائدة على الغير ، فلا يكون هذا اشتراطاً لمصلحة الغير . مثل ذلك أن يؤمن شخص على مسؤوليته عما ينجم من الضرر للغير . فلا يعد هذا اشتراطاً لمصلحة الغير . لأن المؤمن له إنما أراد أن يشترط لنفسه هو لا للمصاب . وإن كان التعويض الذى يأخذه من شركة التأمين يعود الفائدة على المصاب إذ يستطيع أن يستوفى منه حقه وإن زاحمه فى ذلك سائر دائى المؤمن له . وعلى ذلك لا يكون للمصاب حق مباشر من عقد التأمين . فلا يرجع على شركة التأمين إلا بدعى مدينه .

ولا يكفي إعطاء حق للمنتفع . بل يجب أن يكون هذا الحق قد نشأ مباشرة من العقد الذى تم ما بين المشترط والتمهد . فإذا كان المشترط قد اشترط هذا الحق الذى نشأ من العقد لنفسه أولاً . ثم حوله بعد ذلك أو انتقل عنه إلى شخص آخر ، لم يكن فى هذا اشتراط لمصلحة الغير . ويترتب على ذلك أنه لو باع شخص منزلاً ، ثم حول الثمن إلى دائر له ، كان هناك عقدان : عقد البيع بين البائع والمشتري . وعقد الحوالة بين هذا البائع وهو المحيل ودائنه وهو المحال له . ولو أمن شخص لمصلحة نفسه . ثم مات وانتقل حق التعويض إلى ورثته ، فإن هؤلاء يتلقون الحق عن مورثهم بالميراث . ولا يكسبون حقاً مباشراً من عقد التأمين ذاته . وليس فى كل ذلك اشتراط لمصلحة الغير . كذلك لا يقصد المشترط أن يلتزم المتعهد قبل المنتفع بعقد جديد يتم بينهما . ولا أن يعرض إيجاباً على المنتفع ليقبله هذا فيتم عقد جديد بينه وبين المنتفع . ويتبين مما تقدم أن الحق المباشر الذى يكسبه المنتفع لا ينتفاه عن المشترط عن

طريق الحوالة أو عن طريق الميراث أو عن طريق عقد جديد . ولا يتلقاه عن المتعهد عن طريق عقد جديد . وإنما يتلقاه مباشرة من العقد ذاته الذى تم بين المشتري والمتعهد .

ولا يشترط فى المنتفع أنه يكون موجوداً وقت صدور هذا العقد ، أو أن يكون معيناً فى ذلك الوقت . بل يجوز ، كما رأينا فى الأمثلة التى قدمناها ، وكما تقرر المادة ١٥٦ التى أسلفنا ذكرها ، أن يكون شخصاً مستقبلاً أو شخصاً غير معين وقت عقد الاشتراط ، متى وجد أو كان مستطاع التعيين وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشارطة . وهذه هى ميزة كبيرة ، تطور الاشتراط لمصلحة الغير حتى وصل إليها كما رأينا .

٣٧٦ - المشتروطه مصلحة شخصية فى الاشتراط للغير: ذلك أن المشتروط

إنما يعمل لحسابه ويتعاقد باسمه ، فلا بد أن تكون له مصلحة شخصية فى الاشتراط للغير ، وإلا كان فضولياً . والمصلحة الشخصية هى الفرق الجوهرى ما بين الفضالة والاشتراط لمصلحة الغير كما قدمنا .

ولا يشترط أن تكون المصلحة مادية ، بل يجوز أن تكون أدبية . فيصح التأمين لمصلحة الزوجة والأولاد ، والاشتراط لمصلحة الفقراء أو العجزة أو اللقطاء أو لأى عمل آخر من أعمال البر .

ولكن يكفى أن يكون للمشتروط مصلحة شخصية ، مادية أو أدبية ، وليس من الضروري أن يكون له دور شخصى فى العقد . وقد رأينا فى تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير أن للمشتروط أن يشترط لمصلحة المنتفع دون أن يكون له دور شخصى فى هذا الاشتراط ، لا مشروطاً لنفسه ولا متعهداً عنها . مثل ذلك أم تتعاقد مع والد ابنها على أن يتعهد الأب بترتيب إيراد لابن دون أن تلزم الأم ببنىء قبل الأب . ففى هذا الفرض نرى الأم قد اشترطت حقاً لصالح ابنها ، دون أن تشترط لنفسها حقاً أو ترتب فى ذمتها التزاماً ، وليست الأم تقوم هنا بعمل الفضولى لأن لها مصلحة شخصية فى الاشتراط ، وهى مصلحة أدبية ، فهى مدفوعة بعامل الأمومة لا بعامل المروءة . ومثل ذلك أيضاً أن تمنح البلدية احتكاراً لإحدى الشركات ، ثم تعود فتشترط

عليها في عقد مستقل شروطاً لمصلحة الجمهور . وتقبل الشركة هذه الشروط دون مقابل . فيتحقق في هذا الفرض اشتراط لمصلحة الغير دون أن يكون للمشترط دور شخصي .

§ ٣ - أحكام الاشتراط لمصلحة الغير

٣٧٧ - **الموقوفات المختلفة في الاشتراط لمصلحة الغير** : قدمنا أن هناك أشخاصاً ثلاثة في الاشتراط لمصلحة الغير : المشترط والمتعهد والمنفع . وعلينا أن نبحث علاقاتهم بعضهم ببعض . فتكلم في مسائل ثلاث : (أولاً) علاقة المشترط بالمتعهد . (ثانياً) علاقة المشترط بالمنفع . (ثالثاً) علاقة المتعهد بالمنفع .

٣٧٨ - **عمومية المشترط بالمتعهد** : هذه يحددها العقد الذي تم فيما بينهما . ففي عقد التأمين مثلاً يلتزم المشترط بأن يدفع للمتعهد (شركة التأمين) أقساط التأمين في مواعييدها . وتلتزم شركة التأمين في حالة ما إذا كان المشترط قد اشترط لنفسه إلى جانب اشتراطه للغير بأن تقوم بما عليها من التزام نحو : شترط قد دفع له مثلاً المبلغ المتفق عليه إذا بقي حياً إلى المدة المتفق عليها . وللكلي من المتعاقدين أن يتمسك قبل الآخر بأوجه الدفع الجائز التمسك بها بالنسبة إلى هذا العقد الذي تم بينهما من أوجه بطلان أو أسباب انقضاء .

وإذا لم يتم أحد المتعاقدين بما عليه من التزامات قبل الآخر وجب تطبيق القواعد العامة . فيجوز للمتعاقد الذي لم يحصل على حقه أن يطلب التنفيذ عيناً إذا كان هذا ممكناً ، أو أن يطلب تعويضاً عن عدم التنفيذ . وله أيضاً أن يطلب ضخ العقد أو وقف تنفيذه .

ولما كان للمشترط مصلحة شخصية في التزام المتعهد نحو المنفع كما قدمنا . فإن للمشترط أن يراقب تنفيذ المتعهد لهذا الالتزام لأنه ليس أجنبياً عنه . وعلى هذه المصلحة الشخصية بنينا قيام الاشتراط لمصلحة الغير ، وعليها الآن نبني حق المشترط في مراقبة تنفيذ المتعهد لالتزامه نحو المنفع . فللمشترط أن يطالب المتعهد بتنفيذ هذا الالتزام للمنتفع ، وأن يرفع دعوى باسمه لا باسم

المتنفع للمطالبة بذلك . وعلى دعوى قيامها المصلحة الشخصية الثابتة للمشترط . بل قد تنصرف نية المشترط إلى أن يحتفظ لنفسه وحده بدعوى مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المتنفع . دون أن يكون للمتنفع نفسه دعوى للمطالبة بهذا التنفيذ . كما إذا اشترطت الحكومة على إحدى شركات الاحتكار شروطاً لمصلحة الجمهور واحتفظت لنفسها وحدها . دون أفراد الجمهور . بالحق في مطالبة الشركة بتنفيذ هذه الشروط . وعلى العكس من ذلك يجوز أن يتبين من العقد أن المتنفع وحده دون المشترط هو الذى تجوز له المطالبة بتنفيذ المتعهد لالتزامه نحوه . كما إذا اشترط رب العمل على مصحة أن تنزل من يشاء من عماله لقضاء دور النقاة فيها على أن يترك ذلك لاختيار العامل . وإلى هذا تشير الفقرة الثالثة من المادة ١٥٤ إذ تقول : « ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المتنفع ، إلا إذا تبين من العقد أن المتنفع وحده هو الذى يجوز له ذلك » .

كذلك للمشترط : إذا لم يقم المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المتنفع ، أن يطلب فسخ العقد أو وقف تنفيذه وفقاً للقواعد العامة . ويلاحظ أن المشترط إذا فسخ العقد بعد صدور قبول المتنفع ، سواء كان ذلك لعدم تنفيذ المتعهد لالتزامه نحو المتنفع أو لالتزامه نحو المشترط ، فإن الفسخ لا يضيع على المتنفع حقه . فيرجع هذا به على المشترط إلا إذا كان الاشتراط تبرعاً يجوز الرجوع فيه (١) .

٣٧٩- عمرفه المشترط بالمتنفع : قد تكون هذه العلاقة علاقة تبرع . وقد تكون علاقة معاوضة .

فإذا كان المشترط أراد التبرع للمتنفع ، لم يحل دون ذلك عدم استيفاء الهبة للشكل ، لأن الهبة هنا غير مباشرة . وسرى أن للمشترط نقض الاشتراط . سواء كان تبرعاً أو معاوضة . ما دام المتنفع لم يصدر منه إقرار لما اشترط لمصلحته . أما إذا كان الاشتراط تبرعاً للمتنفع . جاز للمشترط : حتى بعد أن يقر المتنفع هذا الاشتراط : أن ينقض حق المتنفع طبقاً لقواعد الرجوع في

المادة (١) . ذلك أن العلاقة التبرعية فيما بين المشرط والمنفعة . إذا كانت لا تخضع لأحكام المادة من حيث الشكل . فهي تخضع لها من حيث الموضوع . فيجب توافر أهلية التبرع في المشرط . وتعتبر المادة قد صدرت من وقت صدور العقد . فإذا صدرت من المشرط وهو في مرض موته أخذت حكم الوصية . ويجوز الطعن فيها بالدعوى البوليصة ولا يشترط أن يكون المنفعة سبباً لثبوتها لأنه موهوب له . ويلاحظ أن المقدار الموهوب بالنسبة إلى المشرط ليس هو مقدار ما التزم به المتعهد نحو المنفعة . بل هو مقدار ما دفعه المشرط للمتعهد بشرط ألا يزيد عما التزم به المتعهد نحو المنفعة . فلو أن شخصاً أمن على حياته لمصلحة أولاده تبرعاً منه لهم . فإن مقدار ما تبرع به لا يكون المبلغ الذي تدفعه شركة التأمين للأولاد بعد موت المؤمن له . بل هو مقدار الأقساط التي دفعها المؤمن له لشركة التأمين حال حياته بشرط ألا تزيد على مبلغ التأمين . أما إذا أعطى شخص آخر شيئاً قيمته ألف . واشترط عليه التزاماً لمصلحة الغير قيمته خمسمائة . فإن المقدار الذي وهبه المشرط للمنتفع هو خمسمائة لا ألف .

أما إذا كان المشرط لم يرد التبرع . فالعلاقة بينه وبين المنفعة يحددها

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا جعل شخص من شخص آخر مستحقاً لقيمة التأمين الذي تعاند عليه مع شركة تأمين ، فهذا الشرط لمصلحة الغير المستحق له من الشركة لمصلحة المستحق لا يربح حقاً للمستحق قبل المشرط أو ورثته من مده بسبب إلغاء بوليصة التأمين لامتناع الشرط عن دفع أقساطه ، إلا إذا كان الاشتراط قد حصل مقابل حق للمستحق على المشرط . وليس هو حوالة من المشرط للمستحق فيد بذاتها مديونية المشرط له بمقابل قيمتها (نقض مدني في ٩ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣٥ س ٢٩٦) .

(٢) ومتى تحددت قيمة التبرع على النحو المتقدم ، فهذه هي القيمة التي تعتبر عند تطبيق الأحكام الموضوعية للمادة في العلاقة ما بين المشرط والمنفعة . فلوطن دائن المشرط بالدعوى البوليصة في عقد التأمين الصادر من مدينه وتوافرت شروطها ، فإن الدائن لا ينفذ بمقتضى إلا بمقدار أقساط التأمين (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٦ جازيت ٧ رقم ١٣٦ ص ٤٨ — أنظر أيضاً في حق الورثة في الرجوع بأقساط التأمين على المنفعة باعتبارها وصية لا تنفذ في حقهم (استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ س ١٦٣) . وإذا أراد المؤمن له الرجوع في المادة فإنه يرجع على المنفعة بمقدار الأقساط التي دفعها لشركة التأمين ، وهذا بخلاف ما إذا كان المشرط قد قضى حق المنفعة فإنه يسترد الحق في مبلغ التأمين لا في الأقساط وحدها .

١٠ وقف الأول من الثاني بحسب الأحوال . فقد يكون المشترط مديناً للمنتفع .
والمشترط له وفاء لدينه . وقد يكون أراد إقراض المنتفع من طريق الاشتراط
لمصلحته ، ويكون القرض تبرعاً إذا كان بغير فوائد ومعاوضة إذا كان
بقوائد . ومثل القرض الوديعة . فإذا تسلم المنتفع العين من المتعهد أصبح
بالنسبة إلى المشترط حافظاً لوديعة وطبقت أحكام الوديعة فيما بينهما . وهكذا .

٣٨٠ - عمدة المتعهد بالمنتفع - من مباشر مصدره عقد الاشتراط :

وعلاقة المتعهد بالمنتفع هي أخص ما في الاشتراط لمصلحة الغير من طابع
يتميز به عن غيره من ضروب التعاقد . ذلك أن المنتفع - ولم يكن طرفاً في
العقد الذي ألزم به المتعهد - يكسب من هذا العقد حقاً شخصياً مباشراً (droit
propre) يستطيع أن يطالب به المتعهد . وهكذا يتحقق ما في الاشتراط لمصلحة
الغير من خروج على القاعدة العتيقة التي كانت تقضي بأن العقد لا ينشئ حقاً
للغير . وهذا هو ما تصرح به الفقرة الثانية من المادة ١٥٤ من القانون المدني الجديد
في هذا الصدد : «ويترب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً
قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه . ما لم يتفق على خلاف
ذلك» . فالعقد الذي تم ما بين المشترط والمتعهد هو إذن مصدر الحق المباشر
الذي ثبت للغير . وهذا العقد هو الذي أنشأ هذا الحق . وإذا قيل كيف
ينشئ العقد حقاً للغير ؟ قلنا ولهذا قامت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير .
ثم ما الذي يمنع من ذلك ؟ ولماذا لا ينشئ العقد حقاً للغير ما دام هذا الغير
يرضى بأن يكون هذا الحق له ! ليس في المنطق القانوني ما يجعل هذا متعذراً .
وإنما هي القاعدة الرومانية العتيقة التي كانت تحول دون التسليم بهذا المبدأ .
وقد قضت ، نزولاً عند اعتبارات ترجع للصياغة القانونية عند الرومان ، بأن
العقد يقتصر أثره على المتعاقدين . ولا معنى لبقاء هذه القاعدة بعد زوال مقتضياتها .
وليس ثمة ما يمنع من التسليم بأن العقد قد ينشئ حقاً للغير . وهذا ما صرح
به القانون المدني الجديد (١) .

(١) رأينا المادة ١٥٢ من هذا القانون تصرح بأن العقد لا يربط التزاماً في ذمة الغير .
واسكن يجوز أن يكسبه حقاً .

ما كنا لنسهب في تقرير ذلك مع وضوحه . لولا أن الفقهاء يعتقدون عادة

== والذي يقرره هنا من أن عقد الاشتراط هو الذي أنشأ حق المنفع هو ماسبق أن قررناه في كتابنا « نظرية العقد » ص ٩١١ ، وقرره بعد ذلك الدكتور حلمي بهجت بدوى بك في عبارات لا تخرج عن هذا المعنى ، إذ يقول : « ما الذي يحول في القواعد العامة دون إرادة شخصين عن أن ينشأ ثالث حق مباشر قبل أحدهما ؟ اللهم لاحائل يعول دون ذلك ، لأن القواعد التي تنتهي إليها من تحليل الإرادة ولا من قواعد النظام العام » . (أصول الالتزامات ص : ٣٥٥ - ص : ٣٥٥) . ويبدو أن الدكتور حلمي بهجت بدوى لم ينس ليرأى الذي قلنا به ، فهو عندما عرّض للنظريات التقليدية في هذا الموضوع حشراً بين فقهاءنا (أنظر أصول الالتزامات فقرة ٢٤٥ ص ٣٥٢ هامش رقم ١) ، ومضى بعد ذلك بقر ماسبق لنا أن قررناه .

ونحن لم تقتصر على إدخال قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير في حظيرة القواعد العامة ، بل نبهنا إلى أن قاعدة التعهد عن الغير هي الأخرى في حاجة إلى إيمان في النظر . ولم نر ما يمنع في المنطق القانوني من أن تقوم قاعدة التعهد عن الغير على غرار قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ، نلزم الغير بعقد التعهد ذاته لا ماعد جديد . وفسرنا قصور قاعدة التعهد عن الغير في الوصول إلى هذه المرحلة من التطور بأن الضرورات العملية لم تقتض بعد ، كما اقتضت في قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ، جواز أن يلزم الغير من عقد لم يشترك فيه ، ولو اقتضت هذا حال المنطق القانوني دون ذلك .

وهذا ماسبق لنا أن قلناه في هذا العدد : « ويمكن القول بوجه عام إن القانون الحديث ، بعد تدرج في التطور ، أصبح يعترف بأن المتعاقدين يستطيعان بإرادتهما أن يشترعا حقاً للغير . ولكنه وقف عند ذلك ، فلم يعترف حتى اليوم بأن المتعاقدين يستطيعان بإرادتهما كذلك أن ينشئا التزاماً في ذمة الغير . ولم يجر هذا التطور إلا تحت ضغط الضرورات العملية ، فهي التي اقتضت جواز أن يستفيد الغير حقاً من عقد لم يكن صرفاً فيه ، ولعلها لم تقتض بعد جواز أن يلزم الغير من عقد لم يشترك فيه ، ولو اقتضت هذا لما حال المنطق القانوني دون ذلك » . (نظرية العقد ص ٨٦٣ - ص ٨٦٤) .

ثم قلنا في الحاشية : « والواقع من الأمر أن القاعدة التي تقضي بأن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير قاعدة عتيقة بالية ، ورثناها عن القانون الروماني ، ونحن نستقيها الآن اسماً لاصلاً ، وإلا فنحن نخرج عليها كما اقتضى تقدم المعاملات ذلك وكثيراً ما يقتضيه ... وليس في المنطق القانوني ما يمنع من أن شخصين يتفقان على إنشاء حق لشخص ثالث أو توليد التزام في ذمة . وليس هذا معناه أن هذا الشخص الثالث يصبح صاحب الحق أو المدين بالالتزام ولو لم يرض ذلك ، فقبوله ضروري في الحالتين حتى لا يكون دائماً أو مديناً بالزعم من إرادته ، ولكنه إذا قبل جتر الحق الذي كسبه أو الالتزام الذي تعلق في ذمة قد نشأ من نفس العقد الذي لم يكن طرفاً فيه ... ولا فرق بين الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير في ذلك . ولا يجوز أن يقال إن الاشتراط لمصلحة الغير ينشئ حقاً أما التعهد عن الغير فيولد التزاماً ، وأنه إذا صح أن الغير يكسب حقاً من عقد لم يكن طرفاً فيه ، ولا يصح أن يتعن في ذمة التزام من عقد لم يصدر منه قبول به . ذلك لأن قبول الغير ضروري في الحالتين كما قدمنا . ففي الاشتراط لمصلحة الغير لا بد من قبول المنفع كاستسرى . كذلك في التعهد عن الغير لا بد من اشتراط قبول الغير ، فإذا =

حتماً تقديراً يندءلون فيه أين مصدر الحق الذى ثبت للمنتفع ؟ لعله يكون فى عقد جديد تم بين المشترط والمنتفع ، أو بين المتعهد والمنتفع . أو لعل الحق قد نشأ من عمل المشترط على أساس أنه فضولى يعمل لمصلحة المنتفع . أو لعله يكون هو حق المشترط كسبه من العقد وحوله بعد ذلك للمنتفع . ولكل نظرية من هذه النظريات أنصار يدافعون عنها . على أنه من اليسير تنقيدها بنسبة . فقد قدمنا أن الاشتراط لمصلحة الغير ليس معناه أن المتعهد أو المشترط يعرض إيجاباً على المنتفع ليقبله أو يرفضه كما تذهب إلى ذلك نظرية الإيجاب المعروف (théorie de l'offre) . لأن حق المنتفع إنما ينشأ من العقد الذى تم ما بين المشترط والمتعهد لا من عقد جديد بين المنتفع والمتعهد أو بين المنتفع والمشرط . وليس معناه أن المشترط يقوم بعمل من أعمال الفضالة للمنتفع (théorie de la gestion d'affaire) ، لأن هناك فرقاً جوهرياً ما بين الاشتراط لمصلحة الغير والفضالة هو وجود المصلحة الشخصية فى الحالة الأولى وانعدامها فى الحالة الثانية . وليس معناه أن المشترط يكسب الحق لنفسه أولاً ثم يحوله بعد ذلك للمنتفع (théorie de la cession) . لأن المنتفع لا يتلقى الحق عن المشترط ولا يعتبر خلفاً له فيه . بل هو حق كسبه مباشرة من عقد الاشتراط . سبق أن فندنا كل هذا . ونفند الآن كذلك نظرية أخرى لجأ إليها بعض الفقهاء (١) أخيراً يذهبون فيها إلى أن حق المنتفع مصدره إرادة المتعهد المنفردة (théorie de la volonté unilatérale) . ولو كان هذا صحيحاً لما أمكن أن يتمسك المتعهد قبل المنتفع بالدفع الواردة على عقد الاشتراط ، ولكان للمتعهد وحده لا للمشرط حق النقص إلى أن يصدر إقرار المنتفع .

= صدر هذا القول لما الذى يمنع ، من حيث المنطق القانونى ، من اعتبار الالتزام الذى نشأ فى ذمة الغير ، وقد قبله التزاماً فى ذمته ، متولداً من العقد الذى لم يكن طرفاً فيه ، كما هو الأمر فى الاشتراط لمصلحة الغير ؟ (نظرية العقد من ٨٦٤ هامش رقم ١ و ٢ — أنظر أيضاً ص ٨٧١ هامش رقم ٢) — هذا ولم يرض القانون المدنى الجديد أن يسبق الزمن ، فأبقى قاعدة التعهد عن الغير عند مرحلتها الفاصلة ، وسجل لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير تطورها الأخير ، وقال فى المادة ١٥٢ : « لا يربط العقد التزاماً فى ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً » .

(١) أنظر ورمز (Worms) رسالة من باريس سنة ١٨٩١ ص ١١٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٦١ — كولان وكايتان ٢ ص ٣٢٨ — جوسران ٢ فقرة ٣٠٤ .

والواقع من الأمر أن الفقهاء يناقضون أنفسهم عندما يقررون أن الاشتراط مُصلحة الغير لا يتفق مع القاعدة القديمة التي كانت تقضي بأن العقد لا ينشأ حقاً للغير . ثم إذا وصلوا إلى المكان الذي يبحثون فيه عن مصدر حق المنتفع سوا ما قرروه من قبل ، وحاولوا أن يخضعوا حق المنتفع لهذه القاعدة القديمة دأبها التي سبق لهم أن أنكروها ! فلا يجرؤ فقهه على أن يرجع هذا الحق إلى عقد الاشتراط خوفاً من أن يصطدم بهذه القاعدة ! أما نحن فلا نتردد في أن نقرر أن حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط . وليس للحق مصدر غير هذا العقد (١) . ونقرر كذلك أن هذا الحق مباشر . لم يتلقه المنتفع من المشرط . ولكل من هاتين الخاصتين - حق مباشر ، وحق مصدره عقد الاشتراط - نتائج عملية هامة ترتب عليها .

٣٨١- عرفة المتعبر بالمتفع (تمت) - ما يترتب من النتائج على أنه من

المتفع من مباشر مصدره عقد الاشتراط : أما النتائج التي ترتب على أن حق المنتفع حق مباشر لا يتلقاه من المشرط فهي ما يأتي :

(١) لا شأن لدائى المشرط بهذا الحق بعد موته ، بل يخلص الحق للمنتفع وحده لأنه لم يتلقه من المشرط . ولو كان قد تلقاه منه بطريق الميراث لتلقاه مثقلاً بديون التركة . وأهم تطبيق لهذا المبدأ هو عقد التأمين على الحياة . فإذا تعاقد المؤمن له مشروطاً لمصلحة أولاده ثم مات ، فإن الأولاد لا يتلقون الحق في تركة أبيهم . بل هو حقهم المباشر قبل شركة التأمين . ويترتب على ذلك أن دائى المؤمن له ليس لهم أن يعتبروا حق الأولاد داخلاً في تركة مدينهم حتى يرجعوا عليه كما يرجعون على جميع حقوق التركة ، بل تأخذ الأولاد مبلغ التأمين من الشركة خالصاً لهم ، ولا يدفعون منه شيئاً لسداد

(١) وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول : « ينطوى الاشتراط مُصلحة الغير على خروج حقيقى على قاعدة اقتصار منافع العقود على التعاقدين دون غيرهم . فالتعهد يترك قبل المشرط لمصلحة المنتفع ، فيكسب الأخير بذلك حقاً مباشراً ولو أنه ليس طرفاً في التعاقد ، وهذه الثابتة يكون التعاقد ذاته مصدرها لهذا الحق . ولهذا التصور على بساطته ووضوحه فضل الكتب عن وجه هذا النظام وإبراز مشخصاته من حيث شذوذه عن حكم القواعد العامة ، وهو فضلاً عن ذلك يقلل من عدا استظهار سائر وجوه التفسير والتفريع التي جهد الفقه لتفادى في التماسها وتفصيل جريئتها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣١٦) .

ديون أبيهم . وهذه هي أهم مزية للتأمين . وقد استقر الفقه والقضاء على هذا المبدأ في فرنسا وفي مصر (١).

(٢) كذلك لا شأن لدائني المشرط بهذا الحق حال حياته . فإن الحق لم يدخل يوماً ما في مال المشرط حتى يكون داخلاً في ضمانهم العام . وينبغي على ذلك أنه لا يجوز للدائنين التنفيذ على هذا الحق ، وليس لهم أن يستعملوه باسم مدينهم لأنه ليس حقاً لهذا المدين .

(٣) وإذا كان لدائني المشرط أن يطعنوا في اشتراطه بالدعوى البوليصة عند توافر شروطها ، فالواجب مع ذلك ألا نعتبر المنتفع في مركز من تلقى الحق عن تصرف له المدين . ولتوضيح ذلك نفرض أن (أ) أعطى (ب) منزلاً قيمته ألف ، واشترط عليه أن يعطى (ج) مبلغاً مقداره خمسمائة . وأراد دائن (أ) أن يطعن بالدعوى البوليصة في هذا العقد . في هذه الحالة يجب التمييز بين تصرفين : (التصرف الأول) هو الصادر من (أ) إلى (ب) . وهو معاوضة بالنسبة إلى (ب) . فيشترط التواطؤ بين (أ) و (ب) لنجاح الدعوى البوليصة . دون أن يشترط تواطؤ (ج) لأنه تلقى حقاً مباشراً ولم يخلف (ب) في حق انتقال إليه من (أ) . وإذا ثبت التواطؤ بين (أ) و (ب) اعتبر التصرف غير نافذ في حق الدائن . وكان لهذا أن ينفذ بحقه على المنزل ، ويرجع (ب) على (أ) بما أعطاه إلى (ج) أو يفسخ العقد فيزول التزامه نحو (ج) . (والتصرف

(١) هيك ٨ فقرة ٥١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٢٠٤ — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٦٢ — ديموج ٧ فقرة ٨١٣ مكررة — والتون ٢ ص ٦١ — ص ٦٢ — نظرية العقد للدولف فقرة ٨١٦ — الدكتور حلمي بهجت بدوى بك فقرة ٢٤٤ — الدكتور حشمت أبو ستيت بك فقرة ٣٢٨ — قص فرنسي في ٢٢ يولية سنة ١٨٩١ سيريه ٩٢ — ١ — ١٧٧ — وفي ٩ مارس سنة ١٨٩٦ دالاور ٩٦ — ١ — ٣٩١ — وفي ٢٩ يولية سنة ١٨٩٦ سيريه ٩٦ — ١ — ٣٦١ — محكمة الميا الكلية في ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٢٩ الحاماة ١٠ رقم ٢٣٢ م ٤٦٠ — محكمة طنطا الكلية في ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ رقم ٨٣ م ١٤٠ — استئناف مختلط في ١١ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ م ١١١ — وفي ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ١٤ ص ٢٧ — وفي ٧ أبريل سنة ١٩١٠ م ٢٢ م ٢٤٩ — وفي ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٣ — وفي ١٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٦٧ — قارن استئناف مختلط في أول مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٤٨ — وفي ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ١٤٢ .

الثاني) هو الصادر من (١) إلى (ج) عن طريق الاشتراط . فإذا كانت العلاقة بين (١) و(ج) هي علاقة تبرع . فإن دائن (١) يستطيع بالدعوى البوليصية أن يجعل هذه ائبة ومقدارها خمسمائة غير نافذة في حقه حتى لو كان (ج) حسن النية . أما إذا كانت العلاقة بين (١) و(ج) هي علاقة معاوضة ، فليس للدائن حق الطعن إلا إذا أثبت التواطؤ فيما بينهما .

(٤) ولما كان المتنع لا ينفى حقه من المشرط بل يكسبه مباشرة من عقد الاشتراط . فيصبح دائناً للمتعهد . فإنه يترتب على ذلك أن دائنى المتعهد ، وقد أصبح المتنع واحداً منهم . يشتركون مع المتنع شركة غرماء في استيفاء حقوقهم من مال المتعهد . ولهم أن يستعملوا حق مدينهم في التمسك قبل المتنع بأى دفع من الدفع الواردة على عقد الاشتراط . ولهم أن يطعنوا في التزام مدينهم نحو المتنع بالدعوى البوليصية لأن هذه الدعوى تجوز في القانون الجديد في عمل يزيد به المدين من التزاماته (م ٢٣٧ جديد) (١) .

أما النتائج التى تترتب على أن حق المتنع المباشر مصدره العقد الذى تم ما بين المشرط والمتعهد فهى ما يأتى :

(١) لما كان حق المتنع مصدره عقد الاشتراط . فهو يوجد منذ صدور هذا العقد (٢) . لا من وقت إعلان المتنع لرغبته في الاستفادة من الاشتراط . ويترتب على ذلك أنه إذا فقد المتعهد أهليته في الفترة ما بين صدور العقد وصدور رغبة المتنع . فلا يكون هذا ما نعاً للمتنع من أن يعلن عن رغبته . ويترتب على ذلك أيضاً أن المتنع إذا رفض الاشتراط . جاز الطعن في رفضه بالدعوى البوليصية . لأنه يكسب الحق منذ صدور عقد الاشتراط ، فرفضه إياه بعد ذلك يعتبر إنقاصاً من حقوقه (م ٢٣٧ جديد) .

(٢) لما كان حق المتنع مصدره عقد الاشتراط ، فإن المتعهد يستطيع

(١) وما يترتب أيضاً من النتائج على أن التعهد أصبح مديناً للمتنع لا للشترط أن التعهد لا يستطيع أن يتمسك بالقائمة بين حق له على المشرط والتزامه نحو المتنع (استئناف مختلط في ٩ بونية سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٣٦) . ويترتب أيضاً على ذلك أن التعهد لا يستطيع عند رجوع المتنع عليه أن يهال تحريد المشرط (استئناف مختلط في ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤م ٢٧ ص ٧١) .

(٢) استئناف مختلط في ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٣ .

أن يتمسك قبل المنتفع بجميع الدفعات الجائزة في هذا العقد ، فله أن يطعن فيه بأى وجه من وجود البطلان ، وله أن يتمسك بفسخه إذا تحقق ما يوجب الفسخ (١) . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٥٤ من القانون المدنى الجديد إذ تقول : «ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفعات التى تنشأ عن العقد» (٢).

(٣) لما كان حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط الذى تم بين المشرط والمتعهد ، فهذهين المتعاقدين أن يكيفا هذا الحق طبقاً لما يتم عليه الاتفاق بينهما . ويرتب على ذلك أنه يجوز للمشرط أن يتفق مع المتعهد على أن يكون للمشرط وحده دون المنتفع حق المطالبة بتنفيذ التزام المتعهد نحو المنتفع . وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (٣) . ويرتب على ذلك أيضاً أنه يجوز للمتعاقدين - المشرط والمتعهد - أن يجعلوا حق المنتفع غير قابل للنقض أو قابلاً للنقض بعد الاتفاق مع المتعهد على ذلك . وهذا الشرط الأخير مفهوم ضمناً إذا ثبت أن للمتعهد مصلحة فى الاشتراط ، فلا يجوز للمشرط فى هذه الحالة أن يستقل بنقض حق المنتفع ، كما إذا تعهد أحد المتقايضين بأن يدفع المستحق عليه من فرق البذل فى نصيب المتقايض الآخر من دين على أطيان هو شريك له فيها على الشيوع (٤) .

(١) أنظر فى الفرق ما بين الاشتراط لمصلحة الغير والإنابة فى الوفاء نظرية العقد المؤلف من ٩١٦ هامش رقم ١ .

(٢) وإذا كان العقد ما بين المشرط والمتعهد عقداً صورياً ، جاز فى نظرنا للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالصورة حتى لو كان المنتفع حسن النية لا يعلم بصورية العقد . ذلك أن المنتفع لا يعتبر «غيراً» فى هذه الصورة حتى يستطيع التمسك بالعقد الظاهر ، فهو قد استمدحه من هذا العقد ، وشرط الغير فى الصورة ألا يكون حقه الذى تراد حمايته من الصورة مستمداً من العقد الصورى ذاته . وقد سبقت الإشارة إلى هذه المسألة ، وسنعود إليها ببيان أوفى عند الكلام فى الصورة .

(٣) أنظر آتفاً فقرة ٣٧٨ - وقد ضربنا مثلاً لذلك أن تتعاقد الحكومة مع شركة احتكار مشغطة عليها شروطاً لمصلحة الجمهور ، ولكنها تحتفظ لنفسها ، دون أفراد الجمهور ، بحق إلزام الشركة بتنفيذ هذه الشروط (أنظر فى هذا المعنى استئناف مختلط فى ٣ يونية سنة ١٨٩٦ م ٨ من ٣١٢ - وفى ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ من ٢٨٣ - والتون ٢ من ٥٧ - م ٥٨) .

(٤) قضى مدنى فى ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٠٩ من ٣٣٧ - أنظر أيضاً استئناف مختلط فى ١٧ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٥٦٧ .

٣٨٢- عمدة التمهيد بالمتنفع (تمت) - هو ان ينقصه من المتنفع : وحق

المتنفع المباشر الذى يكسبه من عقد الاشتراط قابل للنقض إلى أن يصدر منه إقرار لهذا الحق . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ١٥٥ من القانون المدنى الجديد إذ نقول : يجوز للمشرط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المتنفع إلى المتعهد أو إلى المشرط رغبته فى الاستفادة منها . ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد .

والذى يثبت له حق النقض هو المشرط . إلا إذا نزل عن هذا الحق . وقد يكون حق النقض مخالفاً لما يقتضيه العقد فلا يقوم . كما إذا كان حق المتنفع هبة من المشرط لا يجوز فيها الرجوع (١) . وقد يشترط المتعهد أن المشرط لا يستعمل حق النقض إلا بموافقة إذا كانت له مصلحة فى تنفيذ الالتزام للمتفع . وقد سبق بيان ذلك . بل قد يشترط المتعهد أن يكون له هو أيضاً حق النقض بشرط أن يحل محل المتنفع المشرط أو متفعلاً آخر حتى لا يتحلل من التزامه بمحض إرادته (٢) . وحق النقض حق شخصى يرجع لاعتبارات خاصة بالمشرط أو بمن يملك هذا الحق معه ، لذلك لا يجوز للدائنين استعماله باسم المدين . ولا ينتقل إلى الورثة . فإذا مات المشرط دون أن ينقض الحق . فليس للورثة حق النقض ولو لم يصدر إقرار المتنفع ، وإلا لاندفعت الورثة بعامل مصلحتهم إلى نقض حق لم ينقضه مورسهم .

ويوجه المشرط النقض إلى المتنفع أو إلى المتعهد . ولكن يجب إعلان المتعهد دائماً بالنقض حتى يمتنع عن تنفيذ التزامه نحو المتنفع (٣) . وليس للنقض شكل مخصوص ، وكما يقع صريحاً بصح أن يكون ضمناً (٤) .

(١) أنظر مناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وقد ذكر هذا المثل أمثله (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٥) .

(٢) استئناف مختلط فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩١١ م ٢٧ ص ٧١ - وفى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٣٨ . أنظر أيضاً بلانول وريبير وإيمان ١ فقرة ٣٥٨ .

(٣) استئناف مختلط فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢١٧ .

(٤) ومن قيل النقص الجزئى أن يرهن المؤمن له بوليصة التأمين لدائه ، فلا يود مبلغ التأمين إلى المتنفعين إلا بعد أن يتوفى الدائن حقه (استئناف مختلط فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٦٢) .

وقضت محكمة النقض بأنه إذا اتفق البائع والمشتري على أن يحتفظ المشتري ببعض الثمن تأمناً =

وإذا نقض المشترط حق المنتفع ولم يعين منتفعاً آخر ولم يرى ذمة المتعهد فإن الحق ينصرف إليه هو . ويعتبر أنه ثابت له من وقت العقد لا من وقت النقض . وقد ثبت له بموجب العقد ولم ينتقل إليه من المنتفع . ولذلك ينقلب الاشتراط لمصلحة الغير إلى عقد عادى لا ينصرف أثره إلا إلى المتعاقدين . ويجوز للمشرط عند النقض أن يعين منتفعاً آخر يحل محل المنتفع الأول ، ويثبت له الحق من وقت العقد كذلك ولا يتلقاه من المنتفع الأول . وإلى هذا تشير الفقرة الثانية من المادة ١٥٥ : «ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط ، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك . وللمشرط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول ، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشاركة . وإذا نقض المشترط حق المنتفع وأضافه إلى نفسه ، فإنه يجوز له أن يعدل عن ذلك ويعين منتفعاً آخر . سواء كان هو المنتفع الأول أو غيره ، ويعتبر حق أى من هؤلاء ثابتاً من وقت العتد دائماً ، ويعود العقد كما كان اشتراطاً لمصلحة الغير (١) .

= وضمناً لدين آخر على البائع ، فهذا الاتفاق يعتبر قانوناً اشتراطاً لمصلحة الغير ، وحكمه أن للمشرط الحق في نقضه ما لم يعلن من حصل الشرط لمصلحته قبوله له . ولا يجب في نقض الاتفاق أن يكون بشكل مخصوص ، بل هو كما يقع صريحاً يصح أن يكون ضمناً . ولا محل هنا لتطبيق المادة ١٤١ من القانون المدنى (القديم) لتسكين دائن البائع من استعمال حق مدينه والرجوع على المشتري ، فإن هذه المادة مجالها أن يكون حق المدين (هنا البائع) لا يزال باقياً في ذمة المتعهد (هنا المشتري) عند استعمال الدائن هذا الحق ، فإذا ما اقضى بالوفاء فلا يبقى للمدين بعد ذلك أى حق يصح للدائن أن يباشره باسمه (نقض مدنى في ١١ يولية سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٧١ م ٤٧٣) . ونلاحظ هنا أن دائن المشترط لا يجوز له أن يستعمل حق النقض باسم مدينه لما قدمناه من أن هذا الحق شخصى للمشرط ، وقد ورد نص القانون الجديد صريحاً في ذلك كما رأينا . فإذا امتنع على دائن البائع أن يستعمل حق النقض باسم مدينه ، فإن هذا يرجع إلى شخصية حق النقض ، لا إلى أن التمس لم يعد باقياً في ذمة المشتري كما ذهب المحكمة .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التيهيدى في هذا الصدد ما يأتى : «والشرط أن ينقض المشاركة قبل إقرار المنتفع بها إلا أن يكون ذلك منافعاً لروح التعاقد . وله عند نقض المشاركة أن يعين منتفعاً آخر أو أن يستأثر انفسه بتعنتها ، ما لم تسكن نية المتعاقدين قد اضرفت صراحة أو ضمناً إلى أن الإلغاء يترتب عليه أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط . ولما كان نقض المشاركة أمراً يرجع إلى تقدير المشترط ذاته ، فقد قصر استعمال هذه الرخصة عليه دون دائنيه أو ورثته . وإذا رفض المنتفع المشاركة نهائياً فيكون للمشرط عين الحقوق التي تقدمت الإشارة إليها في الفرض السابق ، والظاهر أنه يجوز له نوق ذلك أن يطالب فسخ العقد باعتبار أن المتعهد يستجبل عليه تنفيذ التزامه قبل المنتفع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ م ٣١٧) .

٣٨٣ - عمارة المتعبر بالمتنفع (أمانة) - وجوب إقرار المتنفع لحقه : ولا

ينقطع حق النقص إلا إذا صدر إقرار المتنفع (١) . فإقرار المتنفع إذن هو تثبيت لحقه ، وليس قبولاً لإيجاب معروض عليه من المتعهد أو من المشترط كما بينا . ولا بد من صدور إقرار من المتنفع كى لا يثبت له حق بدون رضاه . فإذا صدر الإقرار ثبت الحق ، واعتبر موجوداً من وقت العقد لا من وقت الإقرار كما أسلفنا الإشارة .

ويستطيع المتنفع أن يصدر إقراره فى أى وقت شاء ما دام المشترط لم ينقض الحق (٢) . ولا يسقط حقه فى إصدار الإقرار إلا بالتقادم . والذى يسقط بالتقادم هنا هو حق المتنفع الذى لم يثبت بالإقرار ولم يستعمل فى خلال مدة التقادم .

والإقرار قد يكون صريحاً أو ضمناً . ولا يشترط له شكل مخصوص حتى لو تلقى المتنفع الحق تبرعاً ، فإن التبرع هنا ليس هبة مباشرة تستلزم الشكل ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ويعلن المتنفع إقراره للمتعهد أو للمشترط ، ولكن لا بد من إعلان المتعهد بالإقرار حتى يسرى فى حقه . والإقرار كالنقص تصرف قانونى يتعقد بإرادة منفردة .

فإذا صدر الإقرار وصار الحق غير قابل للنقص ، كان المدين بهذا الحق

(١) وإذا صدر حق من المشترط وإقرار من المتنفع قبل أن يعلم أحدهما بما فعل الآخر ، فالعبرة ليست بتاريخ صدور النقص والإقرار ، بل بتاريخ إعلانهما إلى المتعهد ، فمن أعلن المتعهد أولاً هو الذى يسرى تصرفه ، ويعتبر حق المتنفع منقوضاً إذا سبق المشترط إلى إعلان النقص للمتعهد ، أو يعتبر قد ثبت غير قابل للنقص إذا سبق المتنفع إلى إعلان إقراره للمتعهد (بلانيول وريبير وإسان ١ فقرة ٢٦١) .

(٢) استئناف مختلط فى ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٣٨ م ١٨٤ - وفى ١٤ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ م ٢٢١ - وقضت محكمة النقض بأن المادة ١٣٧ من القانون المدنى (القديم) نصت على أن من عقدت على ذمته مشاركة بدون توكيل منه فله الخيار بين قبولها ورفضها ، ولم يطلب القانون ممن حصل القعد على ذمته أن يظهر رغبته فى قبولها فى زمن معين ، وكل ما اتضاه منه فى حالة عدم القبول أن يعلن الرضى ، أما القبول فيكنى فيه السكوت (نفس مدنى فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٨ م ٣٠) .

هذا ويموز لسكل من المشترط والمتعهد أن يحدد أجلاً مقولاً للتمتع يختار فيه بين الإقرار والرفض ، وإذا اقضى الأجل عد رافضاً . وللقاضى الرقابة على ما إذا كان الأجل مقولاً (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ م ٣١٧) .

هو المتعهد أو ورثته . فإذا استحال التنفيذ جازت المطالبة بالتعويض . ولكن لا يجوز للمتفع أن يطلب فسخ العقد . لأنه ليس طرفاً فيه . والذي تجوز له المطالبة بالفسخ هو المشترط كما قدمنا (١) .

وقد يرفض المتفع : صراحة أو ضمناً : الحق الذي اشترط لمصلحته . وفي هذه الحالة ينصرف الحق إلى المشترط أو إلى ورثته من وقت العقد لا من وقت الرفض . والرفض . كالنقض والإقرار : تصرف قانوني ينعقد بإرادة منفردة . ويجوز لدائني المتفع الطعن فيه بالدعوى اثبولىصة إذا توافرت شروطها كما قدمنا . وغنى عن البيان أن المشترط يجوز له ، عند رفض المتفع ، أن يعين منتفعاً آخر محل محل المتفع الذي رفض : ويثبت حق هذا المتفع الآخر من وقت العقد لا من وقت تعيينه .

الفرع الثاني

قوة العقد الملزمة بالنسبة إلى الموضوع

٣٨٤- نسبية العقد من حيث الموضوع : العقد نسبي أيضاً في أثر قوته الملزمة من حيث موضوع التعاقد . والملتزم بالعقد مسئول عن ذلك ، وهذه المسئولية هي التي نسميها بالمسئولية العقدية ، وهي الجزاء الذي يكفل قوة العقد الملزمة .

فتحن نبحت إذن أمرين : (أولاً) تحديد موضوع التعاقد (ثانياً) المسئولية العقدية .

(١) وإلى هذا كله تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي إذ تقول : « وإذا صح عزم المتفع على قبول الاشتراط ، فيجوز له أن يعلن المتعهد أو المشترط بإقراره ، وراعى أن هذا الإقرار تصرف قانوني ينعقد بإرادة منفردة . ولا يشترط له استيفاء شكل ما ، ولم يحدد المشرع أجلاً معيناً لصدوره ، ولكن يجوز إنذار المتفع بالإفصاح عما يعتزم في فترة معقولة . ويصبح حق المتفع لازماً أى غير قابل للنقض بمجرد إعلان الإقرار . وهو حق مباشر مصدره العقد ، ويترتب على ذلك نتيجتان : الأولى أنه يجوز للمتفع أن يطالب بتنفيذ الاشتراط ما لم يتفق على خلاف ذلك . ولما كان للمشترط مصلحة شخصية في هذا التنفيذ ، وهو يتنقذ عن الفضولي من هذا الوجه ، فيجوز له أيضاً أن يتولى المطالبة بنفسه إلا إذا قضى القضاء بغير ذلك . والثانية أنه يجوز للمتعهد أن يتسكك قبل المتفع بالدفع التي تنفرع عن العقد ، (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٣١٧) .

المبحث الأول

تحديد موضوع التعاقد

٣٨٥- كيف يكون تحديد موضوع التعاقد : لا ينزله التعاقد إلا بما

ورد في العقد . وقد يرى القاضي العقد في حاجة إلى التفسير . فإذا فسر
وجب عليه بعد ذلك أن يحدد نطاقه . ليعين مدى ما أنشأ من الالتزامات .
ثم وجب على الملتزم أن يقوم بالزمام كما تحدد في العقد دون نقص أو زيادة ،
لأن العقد شريعة المتعاقدين .

فتنح نتكلم إذن في مسائل ثلاث : (١) تفسير العقد . (٢) تحديد نطاق العقد .
(٣) إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد على أساس أنه شريعة المتعاقدين .

المطلب الأول

تفسير العقد (*)

(Interprétation du contrat)

٣٨٦- النصوص القانونية : نصت المادة ١٥٠ من القانون المدني

الجديد على ما يأتي :

(*) بعض المراجعين : ديريه (Dereux) في تفسير الصرافات القانونية رسالة من باريس سنة ١٩٠٥ — جونو (Gounot) رسالة من ديجون سنة ١٩١٢ — جني (Gény) في طرق التفسير طبعة ثانية سنة ١٩١٩ — سالي (Saleilles) في الالتزامات في القانون الأساسي — وفي إعلان الإرادة — بلانيول وريبير وإسمان ١ فترة ٣٧٣ — فترة ٣٧٥ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فترة ٤٤٩ — فترة ٤٥٩ — الدكتور الشبتي في تكوين العقد وتفسيره في القانون المصري الجديد رسالة تقدم بها إلى معهد القانون المقارن بجامعة باريس سنة ١٩٤٩ — حامد فهمي (باشا) والدكتور محمد حامد فهمي بك في القبض في المواد المدنية والتجارية — والتون ١ ص ٣٦٢ — ص ٣٩٤ — نظرية العقد للمؤلف فترة ٨٢٦ وما بعدها — الدكتور حلمي بهجت بدوي بك فترة ١٨٥ وما بعدها — الدكتور أحمد حشمت أبو سبيت بك فترة ٣٤٦ وما بعدها .

١- إذا كانت عبارة العقد واضحة . فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين .

٢- أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد . فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ . مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل . وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجارى في المعاملات (١) .

ونصت المادة ١٥١ على ما يأتى :

١- يفسر الشك في مصلحة المدين .

٢- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى (٢) .

ويقابل هذه النصوص ، النصوص الآتية في القانون المدنى القديم :

م ١٩٩/١٣٨ : «يجب أن تفسر المشارطات على حسب الغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قصده مهما كان المعنى اللغوى للألفاظ المستعملة فيها مع ما يقتضيه نوع المشارطة والعرف الجارى» .

م ٢٠٠/١٣٩ : « وهكذا يكون التفسير فى الشروط المعلق عليها إبقاء المشارطة أو تأييدها» .

م ٢٠١/١٤٠ : « فى حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه الفائدة للمتعهد» .
ولم يستحدث القانون الجديد فى تفسير العقد قواعد لم تكن فى القانون القديم . ولم يعد أن قن القضاء المصرى فيما جاوز النصوص القديمة . فأورد الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ ملزمة بعدم الانحراف عن عبارة العقد إذا كانت

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢١٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق ، فيما عدا بعض خلافاً لفظية طفيفة وفيما عدا عبارة « وبالغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قد قصده » فقد تضمنها نص المشروع التمهيدى . وقد حذفت هذه العبارة فى لجنة المراجعة اكتفاء بعبارة « فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين » ، وأجريت بعض تعديلات لفظية ، فأصبح النص مطابقاً لنص القانون الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٥٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وكذلك وافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ١٥٠ . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٥ - ص ٢٩٨) .

(٢) أنظر تاريخ النص آخراً فقرة ١١٨ .

واضحة . وقضاء محكمة النقض جرى على هذا المبدأ كما سنرى . وأورد
الفقرة الثانية من المادة ١٥١ فى تفسير عقود الإذعان . وقد جرى القضاء
المصرى على هذا المبدأ كما رأينا عند الكلام فى عقود الإذعان .

وسكن القانون الجديد . مع ذلك . أبرز فى وضوح أن التفسير يتجه إلى
الإرادة الظاهرة أكثر من اتجاهه إلى الإرادة الباطنة . بأن أوجب البحث عن
النية المشتركة للمتعاقدین والاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل و المعروف الجارى .
وهذه عوامل موضوعية تجعل الإرادة الظاهرة هى المصدر الذى تستخلص
منه الإرادة الباطنة .

٣٨٧ - البحث فى تفسير العقد يأتى بعد البحث فى انعقاد العقد وفى صحته :

ويلاحظ بادئ الأمر أن البحث فى تفسير العقد إما يأتى بعد البحث فى انعقاد
العقد والبحث فى صحته . إذ لا جدوى من تفسير العقد إلا إذا كان صحيحاً .
حتى يكون قابلاً للتفيذ (١) .

ونطاق البحث فى انعقاد العقد وصحته غير نطاق البحث فى تفسير العقد
لتحديد آثاره . فى انعقاد العقد وصحته يدور البحث حول الإرادة التى يؤخذ
بها هل هى الإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة . فإذا كانت هى الإرادة
الباطنة فهل اتفقت أو اختلفت عن الإرادة الظاهرة لتتوقف هل هى صحيحة
أو معيبة . وهل تطابقت الإرادتان تطابقاً تاماً حتى تخص منهما إرادة مشتركة
للمتعاقدین . أما فى تفسير العقد لتحديد آثاره . فنحن بعد أن نكون
قد استخلصنا الإرادة المشتركة للمتعاقدین . نقف عند هذه الإرادة الظاهرة
لتفسير معانيها . ما وضع منها وما غمض . مفترضين أن هناك تطابقاً بينها وبين

(١) ويلاحظ الدكتور الشبى فى رسالته « تكوين العقد وتفسيره فى القانون المصرى
الجديد » (ص ٤١ - ص ٤٦) أن نصه « نصير ضرورة للبحث فى انعقاد العقد وفى صحته وفى
تحديد آثاره » . إذ يتوقف على تفسير التعبير عن الإرادة لكلى من المتعاقدين معرفة ما إذا كانت
هاتان الإرادتان متطابقتين ، وهذا هو انعقاد العقد ، وما إذا كانت الإرادة الظاهرة تتفق مع الإرادة
الباطنة ، وهذه هى صحة العقد ، وما هو مدى توافق الإرادتين المتطابقتين الصحيحتين ، وهذا هو
تفسير العقد لتحديد آثاره . ويستخلص الدكتور الشبى من ذلك الأهمية البالغة التى أحرى التفسير ،
ويعتبر أنها هى المحك الذى يعبر ما بين النص القانونى المختلف .

الإرادة الباطنة حتى يفرم الدليل على العكس . وسعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى فيما يلي .

٣٨٨ - القانون والواقع في تفسير العقد : وبعبارة أن نبين منذ الآن

ما يعتبر في تفسير العقد قانوناً يخضع لرقابة محكمة النقض ، وما يعتبر واقعاً لا يخضع لرقابتها .

ويمكن حصر مسائل القانون في تفسير العقد في المسائل الثلاث الآتية :
(أولاً) هناك قواعد نص عليها القانون في تفسير العقد . وهذه القواعد يلتزم القاضي باتباعها تحت رقابة محكمة النقض . فإذا خرج عليها نقض حكمه لمخالفته للقانون . ويستخلص من نصوص القانون الجديد المتقدم ذكرها أن قواعد التفسير الملزمة قانوناً ثلاث :

- (١) ما نص عليه القانون (م ١٥٠ فقرة ١) من أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين . فالانحراف عن عبارة العقد الواضحة فيه مخالفة للقانون . وسنعرض فيما يلي لهذه القاعدة تفصيلاً . وبين إلى أي حد تنبسط رقابة محكمة النقض في ذلك .
- (٢) ما نص عليه القانون (م ١٥٠ فقرة ٢) من أنه إذا كان هناك محل لتفسير العقد وجب البحث عن البية المشتركة للمتعاقدین دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ فالعبرة بالإرادة الحقيقية (الباطنة) على أن تكون هذه الإرادة هي الإرادة المشتركة للمتعاقدین (١) على النحو الذي سنفصله فيما يلي . وهذه قاعدة قانونية ملزمة لا يجوز الخروج عليها عند تفسير العقد . فالقاضي الذي يقرر في حكمه أن المتعاقدين أرادا شيئاً معيناً ، وكان هذا الشيء جائزاً قانوناً ، ثم يصرح بعد ذلك بأنه لا يقضى بما أراد المتعاقدان بل بما تقضى به العدالة ، يكون قد خالف القانون وينقض حكمه (٢) . أما

(١) استئناف وطني في ١١ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٣٥٥ - استئناف مختلط في ١١ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٠ - وفي ١٥ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٧٣ - وفي ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٤ - وفي ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ١٤ - وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٢ - وفي ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٥٣ .
(٢) استئناف مختلط في ٢٠ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٢١ - قض فرنسي في ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٣ سيرة ١٩٢٤ - ١ - ١٥٩ - وفي ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ سيرة ١٩٢٨ - ١ - ١٣٨ .

ما ذكره النص بعد ذلك من الاستهداء في تعرف النية المشتركة للمتعاقدين بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات . فهذه قواعد ليست ملزمة وإنما يستأنس بها القاضي . وهو حر في ألا يتبعها إذا رأى أن اتباعها لا يجدى ولا يؤدي به إلى تعرف نية المتعاقدين . وهو إذا جهر بذلك لا ينقض حكمه .

(٣) ما نص عليه القانون (م ١٥١) من أن الشك يفسر في مصلحة المدين ، مع استثناء عقود الإذعان ففيها لا يجوز أن يكون التفسير ضاراً بمصلحة الطرف المدعى . فهذه هي أيضاً قاعدة قانونية ملزمة في تفسير العقد . إذا خالفها القاضي نقض حكمه . وسرى فيما يلي مدى تطبيق القاعدة : ومتى يمكن القول بأن هناك شكاً في إرادة المتعاقدين . ولكن نلاحظ منذ الآن أن تحديد معنى الشك ومتى يمكن القول بأن الشك موجود هو أيضاً من مسائل القانون يخضع لرقابة محكمة النقض .

(ثانياً) إذا التزم القاضي في تفسير إرادة المتعاقدين القواعد القانونية الملزمة التي تقدم ذكرها . فهو يكشف عن هذه الإرادة وله سلطة التقدير في الكشف عنها ، وهذه سلطة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض كما سئرى . ولكنه يتقيد قانوناً - ويخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض - بقاعدة جوهرية بسطها محكمة النقض في كثير من أحكامها . ذلك أن قاضي الموضوع عندما يستخلص إرادة المتعاقدين من الواقع الذي ثبت عنده . يجب أن يكون هذا الواقع ثابتاً من مصادر موجودة فعلاً لا وهماً ، غير مناقضة للثابت في الدعوى . وتؤدي عقلاً لاستخلاص الواقعة التي ثبتت عند القاضي . فإذا أثبت القاضي مصدرراً للواقعة وهماً لا وجود له ، أو موجوداً ولكنه مناقض لوقائع أخرى ثابتة ، أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلاً استخلاص الواقعة منه كما فعل هو ، كان حكمه مخالفاً للقواعد القانونية في الإثبات ووجب نقضه (١) .

(١) قض مدني في أول مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر رقم ١٦٨ ص ٣٢٨ - انظر أيضاً ما قرره محكمة النقض من أنه إذا كان لقاضي الموضوع السلطة التامة في فهم الواقع في الدعوى من دلائلها المقدمة له فتردأ صححاً ، ولا رقابة عليه في ذلك لمحكمة النقض ، إلا أنه متى أثبت لهذا المزم دليلاً وهماً لا وجود له ، أو كان موجوداً ولكنه مناقض لما أثبتته ، أو غير مناقض =

(ثالثاً) متى كشف القاضي عن إرادة المتعاقدين ، ملتزماً في ذلك القواعد القانونية التي تقدم ذكرها ، كيفها بعد ذلك التكييف القانوني الصحيح غير متقيد بتكييف المتعاقدين ، ثم رتب على هذا التكييف آثاره القانونية . وهو خاضع في التكييف وماربته عليه من آثار لرقابة محكمة النقص . لأنه يطبق القانون على الواقع . وتطبيق القانون بعد من المسائل القانونية (١) .

= ولكن يستحيل عقلاً استخلاص هذا الفهم منه ، فإن حكمه يقع إذن تحت رقابة محكمة النفس مخالفة لقواعد الإثبات القانونية . فإذا انتحل الحكم للعائد الضارباً تقصيراً لا يمكن استخلاصه فعلاً من عناصر التحقيق التي كانت أمام المحكمة تعين نفعه (نقض مدني في ٢٧ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٥ ص ٦٣٠) .

(١) تالامون (Talamon) في رقابة محكمة النقص على تفسير العقود وتطبيقها رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ — مارتى (Marty) في التمييز بين الواقع والقانون أمام محكمة النقص رسالة من تولوز سنة ١٩٢٩ — حامد فهمى باشا والدكتور محمد حامد فهمى بك في النقص في المواد المدنية والتجارية فقرة ٢٩٩ وما بعدها .

وقد قضت محكمة النقص بأن من حقها أن تتصرف على محكمة الموضوع فيما تعطيه من الأوصاف والتكييف القانوني لما ثبتته في حكمها من الوقائع ، وذلك لتعرف ما إذا كان هذا التكييف قد جاء موافقاً للقانون أم مخالفاً له . فإذا ادعى بائع قطعة من الأرض إلى زوجته بمقد سجل بشمن معين أقر قبضه أن هذا البيع هو في الحقيقة وصية ، واستدل على ذلك بإقرار قدمه صادر له من المشتري ببيع له في الانتفاع بالعين المبيعة مدة حياته وتصرح فيه بأنه في حالة وفاتها قبله تعود ملكية القدر المبيع إليه ، وتمكنت هي في دفع هذه الدعوى بورقة صادرة من البائع بعد تاريخ الإقرار الصادر منها بمدة طويلة . يتنازل لها فيه عن ربع الأرض المبيعة ، واعتبرت المحكمة هذا التنازل مكيفاً للعقد المتعلق بالملكية الواردة في إقرار المشتري ومنتما لعقد البيع بجميع أركانه زعماً بأنها بعد هذا التنازل تكون قد هلت ملكية الرقة والمنفعة معاً إلى المشتري ، فهذا الاعتبار لا يمكن حسابه تفسيراً لعقد البيع ولا لإقرار المشتري أو تنازل البائع ، وإنما هو وصف وتكييف للعقد ، أغفلت المحكمة فيه عنصراً هاماً هو ما نص عليه في إقرار المشتري من عودة الملكية إلى البائع إذا ما توفيت هي قبله ، ويكون لمحكمة النقص أن تصحح تكييف هذا العقد على موجب قيام هذا العنصر الذي لا خلاف على ثبوته ولا على دلالة ، فتعتبره وصية لايماً سحجاً (نقض مدني في ٢ مارس سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٠٨ ص ١٩٢) — والمتعاقدان قد يخطئان في تكييف العقد جهلاً أو عمداً ، والتعمد يكون عادة لإخفاء غرض غير مشروع ، كريباً فاحش يستتر تحت اسم إيجار أو بيع (استئناف وطني في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٨٥) ، وكرهن حيازة يستتر تحت اسم بيع وفاء في القانون المدني القديم ، وكشركة خاصة هي في الواقع قرض (استئناف مختلط في ٨ مايو سنة ١٩٠٨ م ١٣ ص ٣٠٦) ، وكبيه هو في الواقع تأمين لدين على البائع للمشتري (زقاقين استئنافي في ١٢ نوفمبر سنة ١٩٠٨ =

أما ما يعتبر من الواقع في تفسير العقد ولا يخضع لرقابة محكمة النقض ، فهو

= الحقوق ٢٣ من ٣٠) ، وقد يوصف الصلح بأنه وكالة (استئناف وطني في ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسية ٢٥ رقم ٥٢/١ - أنظر أيضاً استئناف مختلط في ٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ من ٩٣ - وفي ١٠ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ من ٣٦٤ - وفي ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ من ٢٩٤).

وكثيراً ما انتشر الوصية تحت اسم آخر ، كالبيع ، فعلى محكمة الموضوع أن تنبئن إرادة المتصرف ، وأن تكييف هذه الإرادة التكييف القانوني الصحيح خاضعة في ذلك لرقابة محكمة النقض (أنظر نظرية العقد للدولف من ٩٢٨ هامش رقم ١ وفيه إشارة لأحكام كثيرة لمحكمة استئناف مصر تكييف التصرف تارة بأنه وصية وضوراً بأنه بيع - ويضاف إلى هذه الأحكام ما يأتي : استئناف مصر في ٢٧ يناير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٣ من ٤٨ - وفي ٢١ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٦ من ٣٠١ - وفي ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٥٥ من ١١٢ - وفي ١٧ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٩ من ١١٧٨ - وفي ٢ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ١٥٩ من ١١٨١ - وفي ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٥٩ من ٧٣٧ - وفي ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٦٢ من ٢٧٣ - وفي ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٥٣٢ من ١٤٢٤ .

وتخضع محكمة النقض هذه تصرفات لرقابتها تارة عن استظهار بنية المتصرف وهي مسألة موضوعية ، ولكن محكمة النقض تشترط في استظهار البنية كما رأينا أن تكون الوقائع التي استخلصت منها هذه البنية قائمة على مصادر موجودة غير متناقضة ومؤدية إلى النتيجة التي قررتها في حكمها (هذه مدني في ٢٥ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٦ من ٢٢٧) ، ونية المتصرف تقوم عليها علامات كثيرة كابستئرار وضع يدايبائع على العين واستئلالها إلى حين وفاته وكفقر المشتري وعدم قدرته على دفع الثمن المسمى في العقد وكعدم تسجيل العقد واستئرار قيام البائع بدفع الأموال الأميرة أو العوائد من تاريخ البيع إلى تاريخ وفاته (استئناف مصر في ٣١ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٢ رقم ٢٢٩ من ٦٦٤) - وضوراً عن طريق إخضاع التكييف القانوني للتصرف لرقابتها ، وقد رأينا في الحكم السابق ذكره الصادر في ٣ مارس سنة ١٩٣٣ أنها كيفت التصرف وصية لا بيعاً ، وفي حكم آخر كيفته هبة لا وصية ، فقضت بأنه وإن كان لمحكمة الموضوع كامل السلطة في تفسير العقود المختلف على معناها بحسب ما تراه أدنى إلى بنية المتعاقدين ، مستعينة في ذلك بجميع وقائع الدعوى وطروفاً ، إلا أنه إذا أدى هذا التفسير إلى إعطاء العقد وصفاً قانونياً خاطئاً ، فإن حكمها في ذلك يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض التي يجب عليها في هذه الحالة تصحيح ما وقع من الخطأ ، فإذا صدر عقد من شخص إلى حفيده ببيع قطعة من الأرض له ، نص فيه على أن البائع باع تلك الأطلان لحفيده بيعاً قطعياً لا رجوع فيه ونزل له عنها في مقابل ثمن قدره كذا قبضة من المشتري ، وأنه سلم الأطلان للمشتري لكي يضع يده عليها ويزرعها ويبيع محصولاتها الخاصة بنفسه إلى غير ذلك ، وسجل هذا العقد تسجيلاً تاماً ، واستمر البائع واهضاً يده على الأطلان ، ثم تنازع مع المشتري على ملكيتها ، ودفع لدى القضاء بأن هذا العقد وصية وأنه سبق أن أخذ ورقة مند من المشتري مقتضاه أن تنقذ الأطلان تحت يده هو يستغلها لحين وفاته ولكن هذه الورقة ضاعت منه ، إذا حصل =

هذه السلطة التقديرية التي للقاضي في الكشف عن إرادة المتعاقدين واستخلاصها

= ذلك وحكمت محكمة الموصوع اعتبار هذا القدوصية بناء على ما بان لها من الظروف التي لاست تحرير العقد وحالة الثام وظرف المشتري ومركزه بالنسبة للبائع، ومقامه حين تحت يد صاحبها ، فكان حكمها خاتماً في تطبيق القانون ووجب على محكمة النقض تصحيحه باعتار هذا العقد عقد تبرع منجز أى هبة مسترة في صورة بيع ، فهي هبة صحيحة . (نقض مدنى في ٢ يونية سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٥٣ ص ١١٨) .

وقد كان تكييف التصرف على أنه وصية أو هبة أو بيع في القانون المدنى القديم أمراً محمياً (أنظر إلى ما جاء في ذلك من الصواب نظرية العقد للمؤلف ص ٩٢٨ في آخر الحاشية رقم ١ وتبعد الأحكام مشاراً إليها في أسفل ص ٩٣٢ — ص ٩٣٣) . وتضمن القانون الجديد نصاً في هذه المسألة هو المادة ٩١٧ وتقضى بأنه : «إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بمجازاة العين التي تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك » . ويبرر ملك القانون الجديد وميله إلى ترجيح جانب الوصية على جانب البيع أو الهبة ، مما يؤدى في الغالب إلى تقييد التصرف ، أن باعث القضاء على السهل في تصرف التصرف على أنه بيع أو هبة لا على أنه وصية قد انعدم . فقد كان القضاء يرجح جانب البيع أو الهبة على جانب الوصية لما كانت أحكام الوصية تضيق عن الإيضاء لوارث ، فكان القضاء يبالغ بهذا السهل عيباً في القانون ليصح وصايا لها ما يبرزها في ظروف الأسرة تحت ستار أنها يبيع أو هبات منجزة . أما اليوم فقد عدل المشرع المصرى من أحكام الوصية ، فأجاز الوصية لوارث فيما لا يزيد على ثلث التركة وجعلها كالوصية لغير الوارث ، فلم يعد هناك مقتضى لتسمية التصرفات بغير أسماها الحقيقية ، وما دامت الوصية السافرة للوارث جائزة ، فلا محل إذن للوصية المسترة .

وقد كانت محكمة النقض ، قبل القانون المدنى الجديد ، تجعل احتفاظ المتصرف بمجازاة العين لابعقه في الانتفاع بها مدى حياته قرينة قضائية على أن التصرف وصية — قبل أن تصبح في القانون الجديد قرينة قانونية — لاسيما إذا افترن ذلك باشتراط عدم تصرف المشتري في الرقبة طول حياة البائع : أنظر في هذا المعنى نقض مدنى في ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٥٨ ص ٤٤٥ — وفي ١١ مارس سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر ٤ رقم ٣٦ ص ٦٩ — وفي ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمره رقم ٣٠٧ ص ٦١٢ — وفي ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٩ طعن رقم ٤٣ سنة ١٨ قضائية لم ينشر — ومع ذلك أنظر : نقض مدنى في ١٣ أبريل سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٧٩ ص ٥٤٧ — وفي ٨ يونية سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٨٨ ص ٥٧٤ (إقرار ألقى شرط المنع من التصرف) — وفي ١٨ أبريل سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٦٦ ص ١٥٣ — وفي ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٧٥ ص ١٧١ — وفي ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ بمجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٩ ص ٧١٠ — وفي ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ بمجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٢ ص ٧٨١ — وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ طعن رقم ٧٣ سنة ١٨ قضائية لم ينشر — كذلك قضت محكمة النقض بأن عدم تسجيل العقد قرينة على أنه وصية (نقض مدنى في ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٣ رقم ٤ ص ١١ — وفي ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٥٨ ص ٤٤٥ — وفي أول أبريل سنة ١٩٤٣ =

من الوقائع الثابتة أمامه في الدعوى . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (١) .

= مجموعة عمر ٤ رقم ٤٣ ض ١٠٧ - وفي ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٣ ص ٢٣١ - وفي ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨ ص ١٧٤ - وفي ٢ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ٨٣ سنة ١٨ قضائية لم ينشر . ومع ذلك أنظر : قض مدني في ١٨ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤١٣ ص ٧٦٤ - وانظر في أن تنازل البائع عن ورقة النقد يدل على تعبير العقد : نقض مدني في ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ١٢٦ سنة ١٨ قضائية ، وفي أن تسليم البائع العقد للمشتري وتخليه من الحيازة له قبل الودة (حتى لو ثبت أن العقد لم يسجل وأن ثمناً لم يدفع) يدل على التبرع وعلى تغلّي المورث عن فكرة الرجوع في التصرف : قض مدني في ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٦ ص ٥٦٤ - وفي ١٦ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ٥١ سنة ١٩ قضائية لم ينشر ، وفي أن التصرف يعتبر وصية إذا كان البائع قد أصدر عقد البيع مفرداً ولم يقبض ثمناً ولم يسلم العقد للمشتري بل احتفظ به طوال حياته : قض مدني في ٩ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ١٢٢ سنة ١٨ قضائية لم ينشر ، وانظر في الجهة بعوض وهي سافرة : قض مدني في ٢٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٢ ص ١٧٨ ، وفي الهبات المستترة في صورة سندات : قض مدني في ٢٣ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٢ ص ٢١٠ - وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١ ص ٤٧ - وفي ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٥ ص ١٥٢ - وفي ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٦ ص ٤٣٧ .

ومن ذلك نرى أن القرينة القانونية التي أقامها القانون الجديد - وهي احتفاظ المورث بالحيازة وبحقه في الانتفاع مدى حياته - هي الشيء الثابت في هذه المسألة . وهي قرينة قابلة لإثبات العكس ، فيجوز إثبات أن التصرف بيع أو هبة لا وصية بتقديم قرائن في هذا النفي ، كتسجيل التصرف والتنازل عن شرط منع التصرف وتبرير الاحتفاظ بحيازة المبيع عن طريق أن المشتري قاصر وأن البائع بائع الحيازة نيابة عنه وغير ذلك من الظروف التي تعارض قرينة أن التصرف وصية .

والذي يعيننا أن نقرر هنا هو أن المحكمة النقض رقابة تامة على التكييف القانوني للعقد . وقد قضت بأن تملك كل من الزوجين الآخر ماله بعد وفاته هو تبادل منفعة مملو على الخطر والضرر ، ولا غرض منه سوى حرمان وريثة كل منهما من حقوقه الشرعية في الميراث ، وهو من قبيل الرقي المحرمة شرعاً (قض مدني في ١٤ يونيو ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٩ ص ٤٩٩ - وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم عند الكلام في التركة المستقبلية فقرة ٢١٧) . وقضت أيضاً بأن العقد الذي يزيد فيه ما يدفع من الثمن تقدماً عما يدفع منه عيناً هو بيع لا مفاضة ، فتكليف محكمة الموضوع العقد على هذا التحويل غبار عليه (قض مدني في ٣٠ مايو ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٣ ص ٨١٤) .

(١) وقد قررت محكمة النقض هذا المبدأ في أحكام كثيرة . من ذلك ما قضت به من أن استظهار نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها بما يدخل في ساطع فاضي الموضوع ولا رقبة لمحكمة النقض عليه فيه ، فله أن يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها أن =

٣٨٩ - حالات التفسير الشهير : رأينا أن القانون المدنى الجديد نظر

= المعادين قصاده أن يكون البيع تاماً منجزاً بشرط جزائى، ولم يقصد أن يكون بيناً بمر يون أو يماً مطلقاً على شرط فاسخ (قضى مدنى فى ٥ يناير ١٩٣٣ مجموعة عمر ارقم ٩١ من ١٦٣) . وقضت كذلك بأن تفسير العقود هو من شؤون محكمة الموضوع . فلها أن تقرر معناه على أى وجه تراه مفهوماً من صيغتها وتعتبره متفقاً مع قصد المتعاقدين ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك ما دامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذى تأخذ به (قضى مدنى فى ٢ فبراير ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩٥ من ١٧١) . وقضت أيضاً بأن استظهارية التصرف مسألة موضوعية لا مدخل فيها لمحكمة النقض ما دامت الوقائع التى سردتها المحكمة فى حكمها والظروف التى بسطتها فيه تؤدى إلى النتيجة القانونية التى قررتها (قضى مدنى فى ٢٥ مايو ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٦ من ٢٢٧) . وقضت بأن لقاضى الموضوع السلطة التامة فى بحث الدلائل والمستندات المقدمة له لتقديم أصحها ، وفى موازنة بعضها ببعض الآخر ، وترجيح ما تطمئن نفسه إلى ترجيحه منها ، واستخلاص ما يرى أنه هو واقعة الدعوى دون أن يكون لمحكمة النقض أية رقابة عليه فى ذلك ولو أخطأ فى نفس الأمر ، لأن خطأه يكون فى فهم الواقع فى الدعوى لا فى فهم حكم القانون فى هذا الواقع ، ومحكمة النقض لا تنظر إلا فى مسائل القانون . ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا صورة واحدة هى أن يثبت القاضى مصدراً للواقعة التى يستخلصها يكون وهماً لا وجود له ، أو يكون موجوداً ولكنه مناقض لما أثبتته ، أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلاً استخلاص الواقعة منه كما فعل هو (قضى مدنى أول مارس ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٨ من ٣٢٨) . وقضت أنه بحسب قاضى الموضوع أن يبين الحقيقة التى اقتنع بها وأن يذكر دليلها ، وما عليه أن يتبع الحصوص فى مناحى أقوالهم ومختلف حججهم وطلباتهم ويرد استقلالاً على كل قول أو حجة أو طلب أناروه فى مرافعتهم ، مادام قيام الحقيقة التى اقتنع بها وأورد دليلها فيه التعليل الضمنى المنسقط لتلك الأقوال والحجج والطلبات (قضى مدنى فى ٣١ مايو ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٨٩ من ٤١٤) .

أنظر أيضاً فى هذا المعنى أحكاماً كثيرة نذكر منها : قضى مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٢ من ١٤٢ - وفى ١٣ أبريل سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١١٩ من ٢٠٥ - وفى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ارقم ١٥٥ من ٢٩١ - وفى ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٧ من ٣٢٧ - وفى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ارقم ٢١٥ من ٥٢٠ - وفى ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٨ من ٦٤٦ - وفى ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٨٣ من ٢٤٠ - وفى ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٢ من ٥١ - وفى ٢١ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٦ من ١٤٠ - وفى ١٨ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٢ من ١٧٧ - وفى ٦ يونية سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٦ من ٢٣١ - وفى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٢ من ٢٥٩ - وفى ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٧ من ٢٩٤ - وفى ١١ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٠ من ٣٩٣ - وفى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٨٢ من ٤٨٨ - وفى ١٨ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة =

إلى حالات ثلاث في تفسير العقد ، ووضع لكل حالة قاعدة قانونية ملزمة . فإذا كانت عبارة العقد واضحة لم يجوز الانحراف عن المعنى الظاهر . أما إذا كانت غير واضحة فيجب تبين الإرادة المشتركة للمتعاقدين . فإذا قام شك في تبين هذه الإرادة فسر الشك لمصلحة الملزم في غير عقود الإذعان . ونبحث الآن بالتفصيل كلا من هذه الحالات الثلاث .

١٨ - عبارة العقد واضحة

٣٩٠ - **القاعدة التي تنبع في التفسير :** رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ تقضى بأنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين . وهذا النص ليس إلا تقنياً لقضاء محكمة النقض عندنا . فإن هذه المحكمة ، وقد جرت في ذلك على نهج محكمة النقض الفرنسية ، تفرق في العقد بين الشروط الظاهرة والشروط الغامضة . وتطلق سلطان قاضي الموضوع في تفسير الشروط الغامضة ليستخلص منها إرادة المتعاقدين على الوجه الذي يؤدي إليه اجتهاده . أما في تفسير الشروط الظاهرة فلا تجوز محكمة النقض لقاضي الموضوع أن ينحرف عن معناها الظاهر إلى معنى آخر . ويعتبر الانحراف عن عبارة العقد الواضحة تحريفاً لها ومسحاً وتشويهاً مما يوجب نقض الحكم .

٣٩١ - **العبارة الواضحة قد تكون محل للتفسير :** ولا يفهم من ذلك أن العبارة إذا كانت واضحة فلا يجوز تفسيرها . بل إن القاضي قد يجد نفسه

= عمر ٤ رقم ٢٨ ص ٥٨ - وفي ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٧ ص ١٥٤ - وفي ٢٧ يناير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩١ ص ٢٥١ - وفي ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٧ ص ٢٥٦ - وفي ١٧ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٩ ص ٢٦٤ - وفي ٢ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠٦ ص ٢٧ - وفي ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٧ ص ٥٦٧ - وفي ١٧ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٣ ص ٦٨٠ .

هذا ولاحظ أن تفسير إرادة المتعاقدين لا يكون مسألة موضوعية إذا أخذنا بنظرية الإرادة الظاهرة ، فإن تفسير هذه الإرادة يكون إذن مسألة قانونية كتفسير نصوص القانون ذاته ، ويكون التفسير في هذه الحالة خاضعاً لرقابة محكمة النقض (نظرية العقد للقولف ص ٩٢٧ هامش رقم ٢) .

في حجة إلى تفسير العبارات الواضحة . مهما بلغ وضوحها . وسلس معناها ، وارتفع عنها اللبس والإبهام ، ذلك أن وضوح العبارة غير وضوح الإرادة . فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة ، ولكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساء استعمال هذا التعبير الواضح ، فقصدوا معنى . وعبراً عنه بلفظ لا يستقيم له هذا المعنى بل هو واضح في معنى آخر . ففي هذه الحالة لا يأخذ القاضي بالمعنى الواضح للفظ ، ويجب عليه أن يعدل عنه إلى المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان . وهو بذلك يفسر اللفظ الواضح ، بل وينحرف عن معناه الظاهر دون أن يحرفه أو يمسخه أو يشويه . ولكن لا يجوز للقاضي أن يفعل ذلك إلا بشرطين :

(الشرط الأول) هو أن يفرض بادئ الأمر أن المعنى الواضح من اللفظ هو ذات المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان ، فلا ينحرف عنه إلى غيره من المعاني إلا إذا قام أمامه من ظروف الدعوى ما يبرر ذلك .

(والشرط الثاني) هو أنه إذا عدل عن المعنى الواضح إلى غيره من المعاني لقيام أسباب تبرر ذلك ، وجب عليه أن يبين في حكمه هذه الأسباب . وفي هذا تقول محكمة النقض : « لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير صيغ العقود والشروط والقيود المختلف عليها كما تراه هي أوفى بمقصود المتعاقدين ، مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها . ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر إلى خلافه ، بشرط أن تبين في أسباب حكمها لم عدلت عن هذا الظاهر إلى خلافه ، وكيف أفادت تلك الصيغ هذا المعنى الذي اقتنعت به ورجحت أنه هو مقصود العاقدين ، بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد أخذت في تفسيرها باعتبارات مقبولة يصح عقلاً استخلاص ما استخلصته منها . فإن قصر حكمها في ذلك كان باطلا لعدم اشتماله على الأسباب الكافية التي يجب قانوناً أن يبنى عليها (١) » .

(١) تقض مدني في ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٤١ من ٨٣ - وقضت محكمة النقض أيضاً بأن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في فهم نصوص العقد وما قصده الماقدان منها دون أن تتقيد بألفاظها ، وليس لمحكمة النقض أية رقابة عليها في ذلك ما دامت قد بينت في أسباب حكمها وجهة نظرها وما دعاها إلى الأخذ بما أخذت به في قضائها ، ولذا لم تأخذ بظاهر ألفاظ العقد ، وما هي الظروف والملابسات التي رجحت عندها ما ذهبت إليه (تقضى =

٣٩٢ - رقابة محكمة النقض في تفسير العبارات الواضحة : ويتبين مما

= مدني في ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٤٢ ص ٨٤). وقضت أيضاً بأنه مهما يقل بأن المحكمة أن تعدل عن المعنى الظاهر للعقد إلى ما تراه هي أنه مقصود العاقدين ، فلا شك في أنه يكون عليها إذا ما رأت أن تأخذ بغير ظاهر العقد أن تبين في حكمها لم عدلت عن المدلول الظاهر إلى خلافه ، وكيف أفادت صيغته المعنى الذي أخذت به ورجعت أنه مقصود العاقدين ، بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد اعتبرت في تأويلها إياه على اعتبارات مقبولة يصح معها استخلاص ما استخلصته منها . فإذا هي لم تفعل كان حكمها معيياً بقصور أسبابه (قض مدني في ٣ يناير سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٨ ص ٣٦). وقضت أيضاً بأنه إذا لم تأخذ المحكمة بظاهر مدلول عبارة وردت في ورقة من أوراق الدعوى ، وأوردت في أسباب حكمها الاعتبارات التي دعته إلى ذلك ، وكانت هذه الاعتبارات مقبولة عقلاً ، فلا يصح التمسك على حكمها أنها مسخت الورقة التي قصدت لتفسيرها أو أنها حرفت معناها (قض مدني في ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٥٧ ص ١٤٤) .

أنظر أيضاً في هذا المعنى : قض مدني في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٨٩ ص ١٦١ - وفي ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ بمجموعة عمر ١ رقم ١٤٩ ص ٢٨٣ - وفي ٥ يناير سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ١ رقم ٣١٢ ص ١٠٢٠ - وفي ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ١ رقم ٣٧٥ ص ١١٥٥ - أنظر كذلك «النقض في المواد المدنية والتجارية» لحامد فهمي باشا والدكتور محمد حامد فهمي بك فقرة ١٠٢ والأحكام المشار إليها فيه ، وأنظر فقرة ١٠٣ وفقرة ١٠٤ من هذا الكتاب في قد قضاء محكمة النقض المصرية والفرنسية في هذه المسألة وإلى رأى خامس لمؤلفي هذا الكتاب .

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية هذا المذهب في أحكامها ، وعنها أخذت محكمة النقض المصرية كما سلفت الإشارة : أنظر قض فرنسي في ١٥ أبريل سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ - ١ - ١٧٦ - وفي أول يوليو سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٧ - ١ - ٢١٧ - وفي ٣ فبراير سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٦ - ١ - ٤٦٩ - وفي ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩١ دالوز ٩٢ - ١ - ١٠٤ - وفي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٣ - ١ - ٢٦٧ - وفي ٢٦ يناير سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٧ - ١ - ١٢٧ - وفي ٢٨ مارس سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٢ - ١ - ٧٩ - وفي ١٦ مارس سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٥ - ١ - ١٦٦ - وفي أول يولية سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ - ١ - ٢٨٦ - وفي ٢١ يولية سنة ١٩٣٠ سيريه ١٩٣٠ - ١ - ٣٦٥ - وأنظر في تحليل قضاء محكمة النقض الفرنسية واليهود الثلاثة التي مر بها هذا القضاء كتاب «النقض في المواد المدنية والتجارية» لحامد فهمي باشا والدكتور محمد حامد فهمي بك فقرة ٨٩ - فقرة ١٠١ .

هذا ولعل فيما قدمناه من جواز تفسير العبارة الواضحة رداً على ما استدركه الدكتور أبو عافية (في رسالته في الصرف المجرد نسخة عربية ص ٢٨٤ هامش رقم ٨) على القانون المدني الجديد ، فقد ذهب إلى أن الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ تمنع من تفسير العبارة الواضحة للعقد . وقد رأينا أن هذا النص في القانون الجديد لم يقصد به إلا تفنين قضاء محكمة النقض في هذه المسألة ، تمنع وليس . من تفسير العبارة الواضحة بالشرطين اللذين بينهاها .

قدمناه أن محكمة النقض تبسط رقابتها على محكمة الموضوع في تفسير العبارات الواضحة عن طريق رقابة أسباب الحكم . فإذا ألزمت محكمة الموضوع المعنى الواضح للفظ الظاهر لم تكن في حاجة إلى تسبب حكمها بأكثر من أن تذكر أن هذا هو المعنى الواضح وهو الذي يعبر عن مقصود العقادين . أما إذا عدلت عن هذا المعنى الواضح إلى معنى آخر تعتبر أنه هو الذي قصد إليه المتعاقدان ، وجب عليها أن تبين في أسباب الحكم لم كان هذا العدول . ومحكمة النقض تراقب الأسباب ، فإن اقتنعت بأن العدول قد قام على اعتبارات تسوغ سلم الحكم من النقض ، وإلا نقض لقصور التسبب (١) . ويبدو أن تقدير ما إذا كانت العبارة واضحة أو غامضة يدخل أيضاً في رقابة محكمة النقض ، وإلا جاز للقاضي أن يفسر العبارة الواضحة بما يخرجها عن معناها الظاهر دون أن يذكر الأسباب التي تبرر ذلك . بل يكفي بتقرير أن العبارة غامضة ، وأن المعنى الذي استخلصه هو مقصود المتعاقدين . وأن هذا وذلك يدخل في سلطان تقديره الموضوعي دون تعقيب عليه من محكمة النقض .

٣٩٣- هل اللفظ بالمعنى الظاهر للفظ الواضح أمetz بالإرادة الظاهرة:

وبعد أن بسطنا القاعدة في تفسير العبارة الواضحة للعقد، يحق لنا أن نتساءل: ما دام القاضي لا ينحرف عن المعنى الظاهر للفظ الواضح ، وقد ألزمه القانون ذلك بصريح النص (٢) ، فهل لنا أن نفهم أن القانون قد أخذ في هذه الحالة

(١) وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي إذ تقول : « وبلاحظ أخيراً أن القاضي ينبغي أن يلجأ إلى الوسائل المادية دون غيرها لاستخلاص إرادة المتعاقدين الذاتية ، سواء أكان هناك محل لتفسير العقد أم لا . فليس للقاضي المدني ما يتمتع به القاضي الجنائي من حرية في تكوين عقيدته . وغنى عن البيان أن مراعاة هذه القاعدة الهامة مسألة من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة النقض — أنظر قضاء هذه المحكمة فيما يتعلق بقصور الأسباب » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٧ فقرة ٣) .

(٢) وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي تأييداً لذلك ما يأتي : « لا ريب أن إرادة المتعاقدين هي مرجع ما يرتب التعاقد من آثار . بيد أن هذه الإرادة ، وهي ذاتية بطبيعتها ، لا يمكن استخلاصها إلا بوسيلة مادية أو موضوعية ، هي عبارة العقد ذاتها . فإذا كانت هذه العبارة واضحة ، لزم أن تعد تعبيراً صادقاً عن إرادة المتعاقدين المشتركة ، وليس يجوز الانحراف عن هذا التعبير لاستقصاء ما أراده العقادان حقيقة من طريق التفسير أو التأويل . تلك قاعدة يقتضي استقرار التعامل حرصاً بالآفاق في مراعاتها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٦ فقرة ١) .

بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة . ما دام لا يجوز الانحراف عن الأولى ؟ إن الإطلاق الذي رأيناه في نص القانون قد تنبذ بما قدمناه من أن القاضى له أن يعدل عن المعنى الظاهر للفظ الواضح إلى معنى آخر يقتنع بأنه هو المعنى الذى قصد إليه المتعاقدان . ما دام يورد الأسباب المعقولة التى تبرر ذلك . ويستخلص من هذا أن القاضى لا يأخذ فى العبارة الواضحة بالإرادة الظاهرة إلا على أساس أن هذه الإرادة هى ذات الإرادة الباطنة . فإذا قام دليل على أن هناك تغايروا ما بين الإرادتين ، وجب عليه أن يأخذ بالإرادة الباطنة دون الإرادة الظاهرة مع ذكر هذا الدليل فى أسباب الحكم .

ومن ذلك نرى أن القانون المدنى الجديد - وقد نهج فى هذا نهج محكمة النقض كما قدمنا - لم يأخذ بالإرادة الظاهرة إلا مفترضا أنها هى ذاتها الإرادة الباطنة . فالإرادة الظاهرة عنده هى الدليل على الإرادة الباطنة ، ولكنها دليل يقبل لإثبات العكس ، ومتى ثبت العكس فالعبارة بالإرادة الباطنة .

٢٤ - عبارة العقد غير واضحة

٣٩٤- البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين : تقول الفقرة الثانية من

المادة ١٥٠ : « أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد . فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ » .

أما أنه لا يجوز الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ فواضح . وإذا كنا لا نقف عند هذا المعنى وعبارة العقد واضحة كما رأينا ، فأولى بنا ألا نقف عنده وعبارة العقد غير واضحة ، لا تنصرف إلى معنى واحد ظاهر ، بل تحتل أكثر من معنى . وأما أن العبارة إنما تكون بالإرادة المشتركة للمتعاقدين ، لا بالإرادة الفردية لكل منهما ، فهذا واضح أيضاً . لأن الإرادة المشتركة هى التى التفت عندها المتعاقدان ، فهى التى يؤخذ بها ، دون اعتداد بما لأى متعاقد منهما من إرادة فردية لم يتلاق مع المتعاقد الآخر فيها (١) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وإذا كانت عبارة العقد غير واضحة أو مبهمه بحيث تحتل فى جزئياتها أو فى جملة أكثر من معنى ، نعين الالتجاء إلى التفسير . والجوهرى فى هذا هو كشف الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، لا الإرادة الفردية لكل منهما » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٦ - ص ٢٩٧) .

ولكن أين نجد هذه الإرادة المشتركة ، أو النية المشتركة ؟ تشعبت الآراء في ذلك . فمن الفقهاء من يرى أن هذه النية المشتركة التي تكون محلاً للتفسير لا يمكن إلا أن تكون الإرادة الظاهرة التي توافق عليها طرفا العقد . ذلك أن التفسير لا يكون إلا في العقد الصحيح كما في (١) . ومادام العقد صحيحاً فلا بد أن تكون الإرادة الظاهرة التي توافق عليها طرفا العقد مطابقة للإرادة الباطنة . وإلا لدخل العقد عيب من عيوب الإرادة ولما كان صحيحاً . فلا يجوز إذن أن يكون تفسير العقد وسيلة لتغليب الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة ، وإنما يكون التفسير وسيلة لاستخلاص الإرادة الباطنة من الإرادة الظاهرة ، فالإرادة الظاهرة وحدها هي التي تكون محلاً للتفسير على أساس أنها مطابقة للإرادة الباطنة (١) . ويؤخذ على هذا الرأي أنه يفترض عند تفسير العقد أن تكون الإرادة الظاهرة مطابقة حتماً للإرادة الباطنة . وهذا إن صح في الكثرة الغالبة من الأحوال . إلا أنه يقع أحياناً أن يكون المتعاقدان قد قصداً أمراً اتفقا عليه ، ولكن عبراً عنه تعبيراً غير دقيق ، فتتحرف هنا الإرادة الظاهرة المشتركة عن الإرادة الباطنة المشتركة ، ولا نكون في هذا الفرض في منطقة صحة العقد ، فالعقد صحيح

(١) ويقول الدكتور محمود أبو عافية في هذا المعنى ، بعد أن ينمى على الفقهين الفرنسي والمصري الخلط بين صحة التصرفات القانونية وتفسيرها ، ما يأتي : « وهذا خطأ بين يجب استبعاده بفصل هاتين المسألتين إحداهما عن الأخرى للسبب السابق ذكره ، وهو أن تحديد أثر التصرف مسألة لا توضع إلا بعد التسليم بصحته ، وصحة التصرف تفترض بدورها اتفاق الإرادة الملتزمة مع الإرادة الحقيقية ، فلا معنى إذن لإهمال الإرادة الملتزمة بحجة الأخذ بالإرادة الحقيقية ، بل يجب التقيد بمضمون الإرادة الملتزمة ... يجب إذن فصل المنطقة التي يعمل فيها مبدأ اتفاق الإرادة الملتزمة مع الإرادة الحقيقية كشرط لصحة التصرف عن منطقة المبدأ المتعلق بتحديد أثر التصرف . والنتيجة التي تترتب على ذلك هي أنه ما دام التعبير عن الإرادة صحيحاً فتفسيره لتحديد أثره لا يجوز أن يكون وسيلة لتغليب الإرادة الحقيقية على الإرادة الملتزمة ، وإنما وسيلة الاستخلاص من صيغة التعبير . ولا نزاع في أن للقاضي عندئذ أن يصرف النظر عن المعنى الحرفي للألفاظ المتعلقة لهم فقط بمعناها المقصود في الحقيقة والذي يبين من مجموع الظروف الخارجية التي لا بدت التعبير . ولكن القاضي عندما يفعل ذلك لا يقلل التعبير عن الإرادة وإنما يفسره » (التصرف المجرى : نسخة عربية من ٢٨٣ - ص ٢٨٤) .

أنظر أيضاً في تحديد منطقة كل من الغلط والتفسير ولكن مع جعل الإرادة الباطنة أساساً لكل منهما الدكتور حلمي بهجت بدوى بك فقرة ١٨٦ .

والمتعاقدان متوافقان تمام التوافق على أمر واحد . وإنما تكون في منطقة تفسير العقد ، مع ما بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة من تغاير . والواجب في هذه الحالة عدم الاعتداد بالإرادة الظاهرة . فلا تكون هي محل التفسير . بل يجب نبذها والبحث عن الإرادة الباطنة في تفسير العقد . ومن ثم يكون الرأي الذي يذهب إلى وجوب اعتبار الإرادة الظاهرة عند تفسير العقد مطابقة حتماً للإرادة الباطنة . وجعل الإرادة الظاهرة على هذا الأسس هي دائماً محل التفسير . رأياً فيه إطلاق يجدر تقييده . والصحيح أن يقال إن الإرادة الظاهرة هي التي تعبر في العادة عن الإرادة الباطنة . والمفروض عند تفسير العقد أن الإرادتين متحدتان . فيكون الأصل أن الإرادة الظاهرة هي محل التفسير ، ما لم يقيم الدليل على أن الإرادة الظاهرة لا تعبر تعبيراً دقيقاً عن الإرادة الباطنة . وأن بين الإرادتين تغايراً . فتكون العبرة في هذه الحالة بالإرادة الباطنة لا بالإرادة الظاهرة . وتكون الأولى لا الثانية هي محل التفسير .

ومن الفقهاء من يرى أن النية المشتركة للمتعاقدين تتمثل في الإيجاب الموجه من الموجب إلى الطرف الآخر . مفهوماً على النحو الذي أخذ به الطرف الآخر أو كان يستطيع أن يأخذ به (١) . فالإيجاب يصدر من الموجب ، ويتلقاه الطرف الآخر . ويفهمه أو كان يستطيع أن يفهمه على نحو معين . فهذا الفهم الحاصل فعلاً أو المستطاع تخصه هو الذي نقف عنده لأنه هو القدر المتيقن الذي تلاقى عنده المتعاقدان . وعيب هذا الرأي أنه يفترض أن التعاقد يتم عن طريق تعبير تام نهائي يتلقاه من وجه إليه هذا التعبير . ولكن الذي يقع في العمل غير ذلك . فالمتعاقدان يتفاوضان . ويتساومان . ويتبادلان تعبيرات غير نهائية ، ثم ينتهيان آخر الأمر إلى تعبير واحد يرتضيهان معاً ، ولستنا نعلم من منهما صاحبه ، فهو ثمرة مفاوضات دارت بينهما ، ولكل منهما نصيبه فيه .

ويذهب سالي (Saleilles) إلى أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين هي هذه

(١) أنظر في هذا المعنى الدكتور الشبي في رسالته في تكوين العقد وتفسيره في القانون المصري الجديد ، ص ٥٨ .

الإرادة القانونية التي يجمع القاضى عندها إرادة كل من المتعاقدين ، بعد أن يقارب ما استطاع ما بين الإرادتين ، دون أن يضحي إحداها لمصلحة الأخرى . وظاهر أن هذا الرأى يستبدل بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين إرادة ليست لهما ، بل هى إرادة من صنع القاضى ، هو الذى يقوم بنسج خيوطها ثم يفرضها عليهما فرضاً (١) .

ونحن نؤثر ألا ننحاز لرأى من هذه الآراء . وأن نستبقى للمسألة بساطتها الأولى . فنقول إن الأمر لا يعدو أن يكون هناك مظهر خارجى للتعبير عن إرادة مشتركة للمتعاقدين ، أى إرادة ظاهرة المفروض فيها أنها تكشف عن إرادة باطنة . فإذا لم يقم دليل على غير ذلك . وجب أن نستخلص الإرادة الحقيقية للمتعاقدين - وهى النية المشتركة التى نبحت عنها - من هذه الإرادة الظاهرة عن طريق معايير يستهدى بها ، هى التى نتولى الآن الكلام فيها .

٣٩٥ - العوامل التى يستهدى بها القاضى للكشف عن النية المشتركة

للمتعاقدين : ويستهدى القاضى للكشف عن هذه النية المشتركة بعوامل مختلفة ذكر القانون الجديد بعضها منها لأهميته . فهو يستهدى «بطبيعة التعامل» وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات « (م ١٥٠م فقرة ٢) . وغنى عن البيان أن القانون الجديد لم يذكر ما ذكر من هذه العوامل على سبيل الحصر . فإلى جانب ما ذكر توجد عوامل أخرى لم يذكرها ويصح أن يستهدى بها القاضى .

ويمكن بوجه عام أن نميز بين عوامل يفسر بها القاضى عبارات العقد بالرجوع إلى العقد ذاته ونسميها بالعوامل الداخلية ، وأخرى يفسر بها العقد وهى خارجة عنه ونسميها بالعوامل الخارجية . والكثرة الغالبة من هذه العوامل هى عوامل موضوعية لا عوامل ذاتية ، يطمئن إليها القاضى فى تفسير العقد التماساً لاستقرار التعامل . إذ هو يستدل على النية المشتركة للمتعاقدين -

(١) سالى: فى الالتزامات فى القانون الألمانى (المادة ١٥٧س ٢٢٨ وما بعدها) - واظفر انتقاد الدكتور الشينى لرأى سالى فى رسالته فى «تكوين العقد وتفسيره فى القانون المصرى الجديد» س ٥٥ حاشية رقم ٢٣ .

وهذه مسألة نفسية خفية — بعوامل مادية ظاهرة . ونتكلم في كل من العوامل الداخلية والعوامل الخارجية .

٣٩٦ — العوامل الراهلية في تفسير العقد : ذكر القانون منها طبيعة

التعامل وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين . ونضيف إلى هذين قواعد أخرى يستأنس بها القاضي في تفسير العقد بالرجوع إلى العقد ذاته . ذكرها القانون المدني الفرنسي لا على سبيل الإلزام بل على سبيل الإرشاد . من ذلك ما إذا تحملت العبارة أكثر من معنى واحد ، فتحمل على المعنى الذى يجعلها تنتج أثراً قانونياً (م ١١٥٧ مدنى فرنسى) . ومن ذلك أيضاً أن عبارات العقد يفسر بعضها بعضاً (م ١١٦١ مدنى فرنسى) . ومن ذلك أخيراً أن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم (م ١١٦٤ مدنى فرنسى) . ونقل كلمة موجزة في كل من هذه العوامل .

فالعقد يفسر بحسب طبيعة التعامل ، أى بحسب طبيعة العقد وموضوعه . فإذا احتملت العبارة معاني مختلفة ، اختار القاضي المعنى الذى تقتضيه طبيعة العقد أو نوع المشاركة . إذ المعقول أن المتعاقدين قصداً أن يتركا العقد محكوماً بالقواعد التى تقتضيه طبيعته ما لم يصرحا بخلاف ذلك . فإذا اشترط المعير فى عارية الاستعمال أن يرد المستعير الشيء أو مثله ، فلا يفسر ذلك على أن المتعاقدين أرادوا عارية استهلاك ، بل قصد المعير أن يلزم المستعير فى حالة هلاك الشيء برد مثله لا بأن يدفع تعويضاً (١) . وإذا كانت العبارة عامة ، فإنها تحدد بالرجوع إلى الموضوع الذى تم التعاقد عليه . إذ المعقول أن المتعاقدين لا يريدان أن يخرجوا عن هذا الموضوع إلا إذا كانت عبارتهما صريحة فى مجاوزته . فإذا تخارج أحد الورثة عن نصيبه فى الميراث ، فسر ذلك بأنه يتنازل عن جميع حقوقه فى التركة التى يتخارج فيها حتى لو كان بعض هذه الحقوق مجهولاً منه ، ولكن لا يشمل التخارج حقوقاً موروثاً من تركة أخرى (٢) .

(١) أنظر أيضاً : استئناف مخطوط فى ٢٥ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٩٢ — قض فرنسى فى ١١ نوفمبر سنة ١٩٠١ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٢١٣ .
(٢) أنظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٣٤ .

ويستلزم القاضي بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين . والأمانة (loyauté) واجب على المتعاقد . والثقة (confiance) حق له . وبيان ذلك أن من وجه إليه الإيجاب يجب أن يفهم عبارته بما تقتضيه الأمانة في التعامل . فإذا كان هناك خطأ في التعبير أو لبس ، واستطاع أن يتبين ذلك أو كان يستطيع أن يتبينه . فالأمانة في التعامل تقضى عليه ألا يستغل ما وقع من إيهام في التعبير ، ما دام أنه قد فهمه على حقيقته أو كان يستطيع أن يفهمه . ويقابل هذا الواجب حق . فلمن وجه إليه الإيجاب أن يطمئن إلى العبارة بحسب ظاهرها ، وأن يعتبر هذا المعنى الظاهر هو المعنى الذي قصد إليه الموجب . وهذه هي الثقة المشروعة ، وتنطوي على معنى الأخذ بالإرادة الظاهرة في تفسير العقد .

وإذا احتملت العبارة أكثر من معنى واحد ، وكان أحد هذه المعاني هو الذي ينتج أثراً قانونياً ، حملت العبارة على هذا المعنى ، إذ إعمال الكلام خير من إهماله . فإذا سلم شخص لآخر أرضاً مملوكة له في مقابل دين ، واشتروط الدائن أن يستولى على ربع الأرض في نظير الفوائد وألا يرد الأرض إلى صاحبها إلا عند سداد الدين ، فإذا فسر هذا العقد بأنه غاروقة - إذ هو يجمع خصائصها - فإنه لا ينتج أثراً قانونياً ، لأن الغاروقة قد ألغيت بإلغاء الأراضي الخراجية . فيفسر على أنه رهن حيازة ، ولا يسمح للدائن أن يستولى على ما يزيد عن الحد الأقصى الذي يجوز الاتفاق عليه في الفوائد^(١) . وعبارات العقد يفسر بعضها بعضاً . فلا يجوز عزل العبارة الواحدة عن بقية العبارات ، بل يجب تفسيرها باعتبارها جزءاً من كل هو العقد . فقد تكون هناك عبارة مطلقة ، وتحددها عبارة سابقة أو لاحقة . وقد تقرر العبارة أصلاً يرد عليه استثناء يذكر قبلها أو بعدها . وقد تكون العبارة مبهمة ، وتفسرها عبارة وردت في موضع آخر . فإذا باع شخص مفروشات منزله ، ثم عين هذه المفروشات في مكان آخر من الممتلكات ، فإن خصوص العبارة الثانية يحدد من عموم العبارة الأولى ، إذ الخاص انتد العام . ولا يدخل في المبيع ما لم

(١) أنظر في هذا المعنى المادة ١١٠٥ من القانون المدني الجديد . وأنظر في أمثلة أخرى نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٣٣ .

يذكر في المفروشات المعينة ، حتى لو كان داخلاً ضمن مفروشات المنزل .
وإذا قام التناقض بين عبارتين . اجتهد القاضي في التوفيق بينهما . فلو أمكنه
إعمال العبارتين معاً فعل . وإلا اجتهد في إعمالها إلى أقصى حد دون إرهاب
للفظ أو قسر له على غير معناه . فإذا كان التناقض يستتعي معه الجمع بين
العبارتين على أية صورة . اختار العبارة التي يظهر له أن المتعاقدين كانا
يريدانها دون الأخرى (١) .

وتخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم . فإذا باع شخص أرضاً
زراعية . وكان من توابعها مواش خصت بالذكر في عقد البيع ، فليس
هذا معناه أن المواشي وحدها هي التي تدخل ضمن الشيء المبيع ، فكل
التوابع الأخرى من آلات زراعية ومخازن ومبان ونحو ذلك يدخل أيضاً .
أما تخصيص المواشي بالذكر فقد يكون لأن المتعاقدين خشياً أن يقوم شك في
أن المبيع يشملها فصرحاً بذلك حسماً للنزاع . أو لأنهما يعلقان أهمية خاصة
على هذه المواشي فأفرداها بالذكر . ونرى من ذلك أن هذه القاعدة نقيض
للقاعدة السابقة التي تنضي بأن الخاص يقيد العام . فقواعد التفسير قد تتضارب .
وعلى القاضي أن يختار القاعدة الملائمة لتفسير العقد الذي يدعى لتفسيره .

٢٩٧ - العوامل التجارية في تفسير العقد : ذكر القانون منها العرف

الجاري في المعاملات . ونضيف إليه الطريقة التي ينفذ بها العقد .
فالعقد يفسر طبقاً لما يقتضيه العرف الجاري في التعامل . إذ المعقول في

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة — في دعوى طلب إثبات صحة تعاقد
ضعها المدعى عليه بأن الاتفاق الذي تم بينه وبين المدعى على البيع قد عدل عنه وزال أثره —
قد بسطت الوقائع كما استخلصتها من الأوراق ، ثم حصلت من المكاتبات التي تبودلت بين عامي
الطرفين أن المدعى أنكر التعاقد منذ حصوله ، متعينة على ذلك بإيراد ألفاظ وعبارات من
تلك المكاتبات مؤيدة إلى ماوصله ، فلا عليها إذا كانت لم تقف عندما ورد في مكتبة منها
على لسان عامي المدعى عليه مفيداً أن موكله يرى أن المدعى لا ينكر البيع وإنما ينازع في
تفصيلاته فقط ، إذ المحكمة حين تفسر المحررات إنما تفسرها كما تفهمها هي ، وهي إذ تبالغ
تفسير محررات مبادلة مراعاة إنما تعتبرها بما تفيد في حملتها لا بما تفيد عبارة معينة من عباراتها
(نفس مدني في ١٦ أكتوبر سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٠ في ٤٦٩) — أنظر
أيضاً نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٣٥ .

المسائل التي تولد فيها عرف أن يفرض في المتعاقدين أنهما عالمان به وقد ارتضياه ، وإلا لصرحا بمخالفته . فإذا كانت عبارات العقد مبهمة وجب تفسيرها في ضوء هذا العرف . وقد قضت محكمة النقض بأن القاضي يفسر العقد مع مراعاة ما يقتضيه نوع المشاركة والعرف الجاري ، فله أن يقضى بأن إنشاء بلكون من حديد مفرغ في طبقة ثانية من منزل لا يعتبر بناء معطلا لحق ارتفاق الجار المرتفق بالمطل والنور والهواء (١) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العرف يقضى بأن يكون أجر السمسار ٢٥٪ من قيمة الصفقة (٢) . والعرف يكون عاماً (٣) ، لكن إذا تنازع عرف عام مع عرف خاص تغلب العرف الخاص (٤) . ويجب أن يكون العرف مستقراً (٥) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العادة التي تقضى بأن يكون نرح البئر في جهة رمل الإسكندرية على المستأجر ليست عادة مستقرة فلا يحكم بها (٦) . ويجب أن يكون العرف غير مخالف لا للقانون ولا للنظام العام ولا للآداب (٧) . ولا يطبق العرف ، كما تقول محكمة النقض (٨) ، إلا عندما تستغلق نصوص القانون أو يسكت المتعاقدون عن تنظيم في ناحية مما تعاقدوا عليه أو ينظمونه في غموض . وهناك مسائل يجري فيها العرف مجرى القانون ، كما في المسائل التجارية والمعاملات البحرية وعقود التأمين والحساب الجاري ونحو ذلك ، ففي هذه المسائل يرجع القاضي إلى العرف لا لتفسير نية المتعاقدين فحسب ، بل أيضاً لتكملة العقد ذاته وتحديد نطاقه كما سئرى . ويلاحظ أن العرف عندما يكون عاملاً من عوامل تفسير العقد غير العرف عندما يكون مصدرأ من مصادر القانون ، فإن القاضي إذا خالف العرف في الحالة الأولى

(١) قس مدني في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٥ ص ١٣٧ .

(٢) ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٠٩ .

(٣) استئناف مختلط في ٢٣ فبراير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٦٢ .

(٤) مسينا جزء ١ فقرة ٦١ .

(٥) استئناف مختلط في ١٥ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٥٤ .

(٦) ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٣٠ .

(٧) استئناف مختلط في ٥ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٦١ .

(٨) قس ملحق في ٢٨ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٧ ص ١٤١ .

لم يكن حكمه عرضة للنقض ، أما العرف في الحالة الثانية فهو قانون إذا خالفه القاضي نقض حكمه .

وقد تنضج إرادة المتعاقدين من الطريقة التي ينفذان بها العقد . فإذا قاما بتنفيذ العقد على نحو معين مدة من الزمن ، فسرت إرادتهما المشتركة في ضوء طريقة التنفيذ التي تراضيا عليها . مثل ذلك أن يغفل عقد الإيجار ذكر مكان دفع الأجرة ، وتقضى القواعد العامة في هذه الحالة بأن الأجرة تدفع في محل المستأجر ، ولكن المستأجر يعتاد مدة كافية من الزمن أن يدفع الأجرة في محل المؤجر ، فيحمل ذلك على أن المتعاقدين أرادا أن تدفع الأجرة في هذا المحل (١) .

٣٩٨- بآية إرادة مؤخر في تفسير العقد : ويخلص مما قدمناه أن القاضي

في تفسير العقد الغامض يأخذ بالنية المشتركة للمتعاقدين ، ويستخلصها عن طريق معايير موضوعية تمكنه من الكشف عنها. فلا هو يأخذ بالإرادة الظاهرة المحضة . ولا هو لا يأخذ بالإرادة الباطنة المحضة . وإنما يأخذ بالإرادة الباطنة التي يستطيع التعرف عليها (volonté reconnaissable) (٢) .

ونرى من ذلك أن القانون الجديد، في حالتي العقد الواضح والعقد الغامض، لا يعتد بالإرادة الظاهرة إلا على اعتبار أنها دليل على الإرادة الباطنة . وهو على كل حال دليل يقبل إثبات العكس .

(١) أنظر في القضاء المصري نظرية العقد المؤلف فقرة ٨٢٨ .

هذا وقد تنضج إرادة المتعاقدين عن طريق أى عامل آخر خارجي عن العقد . مثل ذلك ماقتض به محكمة النقض من أنه إذا كانت المحكمة ، حين قالت إن العقد المتنازع عليه عقد قرض لا بيع خلافاً لظاهره ، قد أعادت ذلك على أن نية طرفيه كانت منصرفة إلى القرض لا إلى البيع ، مستخلصة هذه النية من ورقة الضد التي عاصرت تحرير العقد ومن التحقيق الذي أجرته في الدعوى والفرائض الأخرى التي أوردتها استخلاصاً لم يرد عليه طعن الطاعن في حكمها ، فيتعين رفض هذا الطعن (نقض مدني في ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٨٠ من ٣٩٠) .

(٢) وهذا يقرب من النظرية الألمانية المعروفة بنظرية الثقة (Vertauensatheorie) التي أشار إليها الدكتور الشنقي في رسالته في تكوين العقد وفي تفسيره في القانون المصري الجديد، ص ٥١ - ص ٥٣ . وقد أسلطنا الإشارة إلى ذلك .

٣٨ - قيام الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين

٣٩٨ - يفسر الشك في مصلحة المدين - مبررات هذه القاعدة :

وضع القانون نصاً صريحاً في هذه الحالة - الفقرة الأولى من المادة ١٥١ - بقضى بأن يفسر الشك في مصلحة المدين . فإذا قام شك في مدى التزام المدين بعقد ، فسر هذا الشك في مصلحته ، وأخذ بالتفسير الأضيق في تحديد هذا المدى . ويرر هذه القاعدة الاعتبار الآتية :

(أولاً) إذا كنا نأخذ بالتفسير الأضيق في تحديد مدى التزام المدين . فذلك لأن الأصل براءة الذمة . والالتزام هو الاستثناء . والاستثناء لا يتوسع فيه . هذا إلى أن النية المعقولة عند الملتزم هو أن يلتزم إلى أضيق مدى تتحملة عبارات العقد . فلا يمكن أن يكون هناك توافق بين إرادة الدائن وإرادة المدين إلا في حدود هذا المدى الضيق .

(ثانياً) ثم إن الدائن هو المسكف بإثبات الالتزام . فإذا كان هناك شك في الالتزام من حيث مداه . وأراد الدائن الأخذ بمدى واسع ، كان عاجزاً عن إثبات ذلك . فلا يبقى إلا الأخذ بالمدى الضيق لأنه هو وحده الذي قام عليه الدليل . فتكون القاعدة على هذا الاعتبار قاعدة في الإثبات لا قاعدة في التفسير (١) .

(ثالثاً) ويقال أيضاً في تبرير القاعدة إن الالتزام يملية الدائن لا المدين . فإذا أملاه مبهماً يحوم حوله الشك فالحطاً خطأه ، ووجب أن يفسر الالتزام لمصلحة المدين ، إذ كان في مقدور الدائن أن يجعل الالتزام واضحاً لا يحول الشك فيه . ومزية هذا الاعتبار أنه يفسر لم نص القانون على أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المدعى حتى لو كان

(١) وتتم المذكرة الإيضاحية إلى هذا الاعتبار فيما يأتي : « إذا عرض ما يدعى إلى تفسير العقد ، وبقى الشك بكتنف إرادة المتعاقدين المتفكر رغم إعمال أحكام التفسير التي تقدمت الإشارة إليها ، فسر هذا الشك في مصلحة المدين دون الدائن . تلك عدة أساسية أخذت بها أغلب التقنيات ، وهي ترد إلى أن الأصل في الذمة براءة ، وعلى الدائن أن يقيم الدليل على وجود ذمته باعتباره أنه يدعى ما يخالف هذا الأصل . فإذا بقى شك لم يوصى الدائن إلى إزالته في حق المدين أن يعيد منه » (مجموعة الأحكام التفسيرية ٢ ص ٢٩٩) .

دائماً . فإن عقد الإذعان يمليه الطرف القوي على الطرف المضعف في جميع مشتملاته ، فتكون التزامات هذا الطرف القوي هي أيضاً من إملائه . فتفسر هذه الالتزامات لا لمصلحته بل لمصلحة الطرف المضعف وهو من الدائن .

٣٩٩- نطاق تطبيق القاعدة : وللقاعدة المتقدمة نطاق محدد تطبق فيه ،

ويرد عليها في حدود هذا النطاق استثناء معين .

أما نطاقها فهو أن يكون هناك شك في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين : مجرد شك ، بأن يتراوح تفسير العقد بين وجوه متعددة كل وجه منها محتمل ، ولا ترجيح لوجه على وجه . أما إذا استحال التفسير ، ولم يستطع القاضي أن يتبين ولو وجهاً واحداً لتفسير العقد مهما كان جانب الشك فيه . فهذه قرينة على أنه ليست هناك نية مشتركة للمتعاقدين التيقن عندها . بل أراد كل منهما شيئاً لم يرده الآخر ، فلم ينعقد العقد . ولا بد ، من جهة أخرى ، أن يكون الشك مما يتعذر جلاؤه . فإذا أمكن القاضي أن يكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين - مهما كان هذا عسيراً - واستطاع أن يزيح عنها الشك ، وجب عليه تفسير العقد بمقتضى هذه النية المشتركة ، ولو كان التفسير في غير مصلحة المدين (١) .

أما الاستثناء الذي يرد على القاعدة فهو ما ورد في الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من أنه «لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المضعف» . فيجب إذن أن يكون التفسير لمصلحته دائماً ، ولو كان دائماً . على خلاف القاعدة التي نحن بصدددها من أن التفسير عند الشك لا يكون لمصلحة المتعاقد إلا إذا كان مديناً . وقد مر بيان ذلك عند الكلام في عقود الإذعان (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الاشتباه في الغرض المقصود من المشاركة الذي يجمعه تفسير المشاركة بما فيه الفائدة للمتعهد هو الاشتباه الذي يقوم في نفس القاضي لمحو الدعوى من دليل مقنع . فإذا كان المستفاد من الحكم أن المحكمة قد استخلصت في اقتناع تام من أدلة الدعوى المرفوعة على المشتري بمطالبة بتمن القطن المبيع له أنه تسلم المبيع ، ثم قضت بإلزامه بالتأمين ، فإن حكمها يكون سليماً ولا غبار عليه (قض مدني في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٦٩ من ٤٧٨) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١١٨ - وما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي في هذا الصدد ما يأتي : «وينبغي كذلك تفسير ما يفيض من الشروط فيها على وجه لا يضر بالمدين ، =

٤٠٠ - **تعليمات للقاعدة:** فإذا وجد القاضي نفسه في نطاق تطبيق القاعدة طبقها . وفسر العقد الملزم لجانِب واحد لمصلحة الجانب الملزم . وفسر العقد الملزم للجانبين لمصلحة أى من المتعاقدين يكون مديناً في الالتزام الذى يفسره ، فيكون التفسير تارة لمصلحة أحد المتعاقدين وطوراً لمصلحة الآخر . فإذا كان هناك شك في وجوب إعدار المدين ، فسر هذا الشك في مصلحته ووجب الإعدار (١) . وإذا قام شك فيما إذا كان الشرط الجزائى مستحقاً في حالة التأخر عن التنفيذ أو هو غير مستحق إلا في حالة عدم التنفيذ ، كان الشرط غير مستحق إلا في حالة عدم التنفيذ (٢) . وإذا كان المدين ملتزماً بإنشاء طرق معينة دون تحديد لكيفية إنشاء هذه الطرق ومن يلتزم بصيانتها ، كان للمدين أن يتبع ما هو أيسر عليه وأخف مؤونة (٣) . وإذا اشترطت العمولة عند تمام كل صفقة ولم يذكر متى تدفع ، كان الدفع عند تنفيذ الصفقة لا عند عقدها (٤) .

الطلب الثانى

تحديد نطاق العقد

٤٠١ - **النصوص القانونية :** نصت المادة ١٤٨ من القانون المدنى

الجديد على ما يأتى :

= دائماً كان أو مديناً ، إذ ليس له ، على كلا الجانبين ، يد في هذا النصوص « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧١) .

(١) استئناف مختلط في ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١١ .

(٢) استئناف مختلط في ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٤٢ - وفي ١١ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٠ .

(٣) استئناف مختلط في ١٩ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٢٩ .

(٤) محكمة اسكندرية الكلية التجارية المختلطة في ١٣ فبراير سنة ١٩٢٢ جازت ١٢

رقم ٢٨٧ ص ١٦٥ - أنظر أيضاً استئناف مصر الوطنية في ٢٥ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة

١٢ رقم ٢٥ ص ٧٣ - محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢١ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة

٢١ رقم ١٢٦ ص ٢٦٧ - استئناف مختلط في ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٦٢

- وفي ١ يونيو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٢ - وفي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص

١١ - وفي ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩٤ - وفي ٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ =

١ - يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية .

٢ - ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته . وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام (١) .

وهذا النص يبين في الفقرة الأولى منه كيف ينفذ العقد . وفي الفقرة الثانية كيف يحدد نطاقه .

٤٠٢ - التفسير بين تفسير العقد وتحرير نطاقه وكيفية تنفيذه : وهناك مسائل ثلاث يجب تمييزها بعضها عن بعض : تفسير العقد وتحديد نطاقه وكيفية تنفيذه . وأول مسألة تعرض من هذه المسائل الثلاث هي تفسير العقد . فإذا فرغ القاضى من التفسير واستخلص النية المشتركة للمتعاقدين ، انتقل إلى تحديد نطاق العقد . فلا يقتصر في هذا التحديد على ما ورد في العقد وفقاً

== ص ٥٣ - وفي ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٥٩ - وفي ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٣٩ - وفي ٢١ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٠ - وفي ١١ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٩٨ - أنظر أيضاً نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٤٠ ص ٩٤٨ .

(١) تاريخ النص : تقتصر على الفقرة الثانية من هذا النص وهي التي نعتينا هنا ، مرجعين الفقرة الأولى إلى المصاب الثالث عند الكلام في إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد . وقد ورد النص في المادة ٢١٤ فقرة ٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يلزمه أيضاً بما تقتضيه طبيعة الالتزام ، وفقاً للعدالة والعرف والقانون » . وفي لجنة المراجعة عدلت العبارة الأخيرة من النص على النحو الآتى : « وفقاً للقانون والعرف والعدالة » ، وأصبح رقم المادة ١٥٢ فقرة ٢ من المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص كما هو في المشروع النهائى . وفي لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اعترض على النص بأنه يعطى للقاضى سلطة خطيرة إذ يمكنه أن يزيد في التزامات المتعاقدين وفي ذلك إهدار للقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، ولما كانت المادة ١٥٤ تتكلم عن تفسير العقود فيمكن الاستغناء بها عن المادة ١٥٢ لأن الالتزام بالعرف والعادة ونية الطرفين يكون في تفسير العقود وليس في تنفيذها . وبعد مناقشة استعيض عن عبارة « ولكن يلزمه أيضاً بما تقتضيه طبيعة الالتزام » بعبارة « ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته » وأضيفت عبارة « بحسب طبيعة الالتزام » في آخر الفقرة ، وقالت اللجنة في تقريرها إن التعديل يجعل الحكم أوضح دون أن يمس جوهره . وأصبح رقم المادة ١٤٨ فقرة ٢ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٧ - ص ٢٩٠) .

للسنة المشتركة للمتعاقدين . بل يجاور ذلك إلى ما هو من مستلزمات العقد وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام . ثم ينتقل القاضي ، بعد تفسير العقد وتحديد نطاقه ، إلى المسألة الثالثة وهي تنفيذ العقد . فيلزم المتعاقدين بتنفيذه ، طبقاً لما اشتمل عليه — والمشتملات يعرفها القاضي عن طريق التفسير وتحديد النطاق — ويكون التنفيذ بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية (م ١٤٨ فقرة أولى) (١) .

وقد فرغنا من الكلام في تفسير العقد ، فننتقل الآن إلى الكلام في تحديد نطاقه .

٤٠٣ — العوامل التي يسترشد بها القاضي في تحديد نطاق العقد : لا يقتصر

القاضي ، كما قدمنا ، في تحديد نطاق العقد على ما اتجهت إليه النية المشتركة للمتعاقدين ، بل يضيف إلى ذلك ما يعتبر من مستلزمات العقد . وقد ذكر القانون ، لا على سبيل الحصر . أهم العوامل التي يسترشد بها القاضي في تحديد

(١) التمييز بين تفسير العقد وتحديد نطاقه وتنفيذه يعين على رفع اللبس في مسائل تبقى مضطربة دون هذا التمييز . ففي تفسير العقد نرى بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين . وفي تحديد نطاق العقد نصيب إلى هذه النية المشتركة ما لم تناوله في الواقع ولكنه يعتبر من مستلزماتها . وفي تنفيذ العقد نجعل هذه النية المشتركة بعد أن نضيف إليها مستلزماتها هي شريعة التعاقد . فلا تجوز قس العقد ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون ، ويجب تعديله طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية . ونرى هذا التمييز واضحاً في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، وإن ذهبت هذه المذكرة إلى أنه يبدأ بتحديد نطاق العقد ثم يعرض بعد ذلك أمر التفسير ، على أن هذا الترتيب العكسى لم يخلط ما بين المسألتين بل أبقى كلا منهما في الحدود المرسومة لها . وهذا ما ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الشأن : « وما هو جدير بالذكر أن الفقرة الثانية من المادة ٢١٤ (م ١٤٨ جديد) تنص على طبيعة الالتزام في معرض تحديد مضمون العقد ، وتنص ... على العرف الجاري في شرف العامل بصدد كيفية تنفيذه . والواقع أن التفرقة من هذا الوجه بين تحديد مضمون العقد وتفسيره وكيفية تنفيذه جد دقيقة . ذلك أنه يبدأ بتحديد مضمون العقد ، وقد يستتبع ذلك استكمال ما لم يصرح به فيه . ثم يعرض أمر تفسير هذا المضمون وهو يقتصر على شقه الثابت بالمبارة دون ما يستكمل منه من طريق الدلالة . فإذا تم للمتعاقدين تحديد مضمون العقد وتفسيره عمداً إلى تنفيذه وفقاً لما يفرضه حسن النية وما يقتضيه العرف في شرف العامل (أنظر م ٢٢١ من القوانين اللبنانية) . وإذا كان التفريق بين هذه المراحل الثلاث ميسوراً من الناحية المنطقية البحتة ، فمن البين أنها تختلط في الواقع ببعضها ، ويتجلى ذلك بوجه خاص فيما يتعلق بتحديد مضمون العقد وتفسيره » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٧) .

هذه المستلزمات . ومن ثم في تحديد نطاق العقد . وهذه هي : (١) طبيعة الالتزام . (٢) القانون في أحكامه التكميلية والمفسرة . (٣) العرف وبضاف إليه الشروط المألوفة (clauses de style) . (٤) العدالة .

٤٠٤ - **طبيعة الالتزام** : وطبيعة الالتزام (nature de l'obligation) تملئ على القاضى أن يستكمل نطاق العقد بما تقتضيه هذه الطبيعة وفقاً للقانون والعرف والعدالة (١) . فمن باع عيناً يعتبر أنه قد باع بالإضافة إلى أصل العين ملحقاتها الضرورية وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمالها طبقاً لما تقتضى به طبيعة الأشياء (م ٤٣٢ جديد) . ومن باع حقاً يعتبر أنه قد باع بالإضافة إليه ما يكفله ويؤيده ، كرهن وكفالة أو دعوى ضمان . ومن باع سيارة يعتبر أنه قد باع معها جميع الأدوات الإضافية (accessoires) التى لا غنى عنها فى تسييرها . ومن باع متجراً وجب عليه أن يسلم للمشتري السجلات التى تبين ما على المتجر من ديون وما له من حقوق وما يتصل به من عملاء ونحو ذلك (٢) .

٤٠٥ - **القوانين التكميلية والمفسرة** : والقوانين التكميلية والمفسرة (lois supplétives, interprétatives) تعين القاضى إلى حد كبير على استكمال نطاق العقد . ذلك أنه يصعب فى كثير من الأحوال أن ينظم المتعاقدان العلاقة فيما

(١) وقد رأينا أن نص المشرعين التمهيدى والتهائى واضح فى أن طبيعة الالتزام تتحدد وفقاً للقانون والعرف والعدالة . وغرض هذا المعنى بعد التعديل الذى أدخلته لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، على أن اللجنة تقول فى تقريرها إنها قصدت من التعديل أن تجعل الحكم أوضح دون أن تمس حوزته . وليس ثمة كبير أهمية لهذه التحويرات ، فطبيعة الالتزام والقانون والعرف والعدالة كلها عوامل تسانم فى تحديد نطاق العقد . وعلى هذا الوجه جرتنا فى شرح النص . (٢) أنظر الدكتور حلمى بهجت بدوى بك فقرة ٢٨٤ ص ٤٠٠ - ويقول الأستاذان بلانيول وريير وبولانجيخ فى وسيطهم إن القضاء الفرنسى يضيف إلى نطاق العقد التزامات ثلاثة يستخلصها من طبيعة العقد . الالتزام الأول هو العمل بحسن نية (agir de bonne foi) ، وظاهر أن هذا الالتزام يتصل بتنفيذ العقد لا بتحديد نطاقه . والالتزام الثانى هو الزام الضمان (oblig. de garantie) ، وقد نظم القانون الزام الضمان هذا فى بعض العقود كالبيع والإيجار ، ولكنه الزام قائم فى كل العقود التى تقتضى طبيعتها ذلك . والالتزام الثالث هو ضمان السلامة (oblig. de sûreté) ، وهو الزام تقتضيه طبيعة بعض العقود ، فقد العمل يقتضى أن يضمن رب العمل سلامة العمال ، وعقد نقل الأشخاص يقتضى أن يضمن أمين النقل سلامة الأشخاص . الذين ينقلهم من مكان إلى مكان (بلانيول وريير وبولانجيخ سنة ١٩٤٩ جزء ٢ فقرة ٤٠٠ - ٤٠٩ وفترة ٩٠٨ - ٩٦٣) .

بيهما في جميع تفصيلاتها فهما في الغالب يتركان بعض التفاصيل ، إما لأنها لم يتوقعاها . وإما اعتماداً على أحكام القانون (١) . وهاتان الأحكام القانونية المفسرة تكمل العقد . مثل ذلك أن يتعاقد شخصان على بيع ، فيعينا المبيع والثمن ، وقد يغفلان بعض التفاصيل كتعيين ميعاد تسليم المبيع ومكانه وميعاد الوفاء بالثمن ومكانه وما يلتزم به البائع من ضمان تعرض واستحقاق وعبوب خفية وما إلى ذلك . كل هذه التفاصيل بين القانون أحكامها في نصوص عقد البيع ، وجعل هذه الأحكام أحكاماً تكيلية تحدد نطاق العقد إذا كان المتعاقدان لم يتوقعا ما يعرض منها . وأحكاماً تفسيرية تكشف عن إرادة المتعاقدين إذا كان المتعاقدان قد توقعا ما يعرض لهما من ذلك واعتمداً على هذه الأحكام المفسرة . ونكون هذه الأحكام جزءاً من العقد . وهذا ما يدل أن ليس لها أثر رجعي ينسحب على العقود التي أبرمت قبل صدورهما ، لأن هذه العقود وجدت في وقت كانت أحكام أخرى تكمل فيه إرادة المتعاقدين وكانت هذه الأحكام جزءاً من العقد ، فلا يجوز أن ينسخ جزء من العقد بقوانين لاحقة . فلو أن شخصاً اقترض مبلغاً من النقود بالسعر القانوني في ظل القانون القديم (وكان السعر القانوني ٥ في المائة) فإن القانون الجديد ، وقد نزل بالسعر القانوني إلى ٤ في المائة ، لا يسرى على هذا القرض ويبقى السعر ٥٪ .

ولما كانت هذه الأحكام التكميلية والمفسرة ليست إلا إرادة المتعاقدين التي افترضها القانون أو كشف عنها ، فإن المتعاقدين يستطيعان أن يتفقا صراحة أو ضمناً على استبعادها أو تعديلها أو تقييدها على النحو الذي يريانه ، فهي ليست من النظام العام . وإذا كانت تعتبر أنها إرادة المتعاقدين ، فهذا الاعتبار يزول إذا قام الدليل على العكس .

(١) وهذه غير الحالة المنصوص عليها في المادة ٩٥ ، والتي مر ذكرها ، وهي حالة ما إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا أن التقدا لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والمعادلة . والفرق بين الحالتين أن المتعاقدين في الحالة التي نحن بصددنا أغفلوا بعض التفاصيل لأنها لم يتوقعاها أو توقعاها ولكن تركا تنظيمها لأحكام القانون . أما في الحالة المنصوص عليها في المادة ٩٥ فإن التفاصيل التي تركها المتعاقدان دون تنظيم هي تفصيلات توقعاها وأرادا أن ينظماها باتفاقهما ، ولكنهما لم يسعيا للوصول إلى هذا الاتفاق . والقاضي في هذه الحالة الأخيرة لا يفسر نية المتعاقدين ولا يكمل نطاق العقد ، وإنما يحل محل المتعاقدين في صنع العقد .

٤٠٦ - العرف والشروط المألوفة : رأينا أن العرف يجرى مجرى القانون

في المسائل التجارية والمعاملات البحرية وعقود التأمين والحساب الجاري . وكما يكون العرف من عوامل تفسير العقد كذلك يكون من عوامل تحديد نطاقه . ويتصل بالعرف الشروط المألوفة (clauses de style) . فتضاف إلى العقد الشروط التي جرت العادة بدراجتها فيه . وهي شروط أكثر تحديداً من العرف . ذلك أن هناك عقوداً أصبح من المألوف فيها أن تشمل على عبارات معينة . حتى صار تكرار هذه العبارات غير ذي فائدة . وأصبح لكل من المتعاقدين مطالبة الآخر بتنفيذ ما تقتضي به هذه الشروط ولو لم تذكر . لأنها أصبحت عرفاً خاصاً بهذا العقد . مثل ذلك ما جرت به العادة في الفنادق والمطاعم والمقاهي من أن يضاف إلى حساب العميل نسبة مئوية تنفع بها الخدم . فهذا شرط ينفذ حتى لو لم يذكر ذلك للعميل وحتى لو لم يره مكتوباً . ولكن عند تعارض شرط مألوف مع شرط خاص أدرج في العقد . فالشرط الخاص هو الذي يعمل به (١) .

٤٠٧ - العدالة : وقد يسترشد القاضي بقواعد العدالة في

استكمال شروط العقد لتحديد نطاقه . فالبايع لا يلتزم بحسب أن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري . بل يجب عليه أيضاً أن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلاً أو عسيراً . وهذا التزام تقتضيه العدالة وإن لم يذكر في العقد . وقد يورد القانون في شأنه نصواً صريحاً (أنظر م ٤٢٨ من القانون المدني الجديد) . وبائع المتجر يلتزم نحو المشتري ألا ينافسه منافسة يترع بها عملاء المتجر . وهذا التزام تقتضيه العدالة وإن لم يذكر في العقد . والعامل الفني إذا عمل في مصنع فاطلع على أسراره الصناعية بحكم عمله يلتزم ألا يوح بهذه الأسرار لمصنع منافس ولو لم يشترط عليه ذلك (قارن م ٦٨٦ جديد) . وما يستنبطه العامل من اختراعات في أثناء عمله يكون من حق رب العمل . إذا كانت طبيعة الأعمال التي تعهد بها العامل تقتضي منه إفراغ جهده في الابتداء . ولو لم يشترط رب العمل في العقد

أن يكون له الحق فيما يهتدى إليه من المخترعات (م ٦٨٨ فقرة ٢ جديد).
وفي عقد التأمين على الحياة يجب على المؤمن له ألا يكتم عن شركة التأمين ما أصيب به من أمراض خطيرة خفية . إذا كان من شأنها أن تؤثر في التبعة التي تتحملها الشركة . هذا وليست نظرية الحوادث الطارئة - وقد وضع لها القانون الجديد نصاً عاماً وطبقها في عقود مختلفة - إلا تطبيقاً لمبدأ العدالة في تحديد نطاق العقد وقياس مدى ما يلتزم به المتعاقد إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسخ توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام صار مرهقاً للمدين إلى حد يخل بالعدالة الواجبة .

٤٠٨- تميز نطاق العقد هو من مسائل القانون : وإذا حدد القاضي

نطاق العقد، خضع في هذا التحديد لرقابة محكمة النقض، فتستطيع هذه المحكمة أن تعقب على حكمه ، وأن تأخذ عليه أنه انتقص من نطاق العقد أو زاد فيه . فإذا طبق القاضي بعض شروط العقد دون بعضها الآخر ، كان في ذلك انتقاص من نطاق العقد ووجب نقض الحكم (١) .

(١) وإلى هذا الرأي ذهب محكمة النقض عندما قضت بأن الخطأ في تطبيق نصوص العقد خطأ في تطبيق القانون يخضع لرقابة محكمة النقض . ففي دعوى المقاول الذي لم يدفع للمدعى عليه (وزارة الحربية) غير التأمين المؤقت ، وعندما أعلن بقبول عطائه وكلف بإيداع التأمين النهائي امتنع ولم يحضر عقد التوريد وطلب إعفائه من التمسك ، فألغى المدعى عليه عطائه وانصرف إلى غيره في استيراد المطلوبه - في هذه الدعوى إذا طبقت المحكمة بعض شروط العقد دون بعضها الذي كان يجب تطبيقه ، فلحكمة النقض أن تنقض الحكم وتفصل في الدعوى على أساس الشروط الواجبة التطبيق . ولا يرد على ذلك بأن تطبيق بعض شروط عقد المناقصة وعدم تطبيق بعضها الآخر على الدعوى هو مما يدخل في ولاية قاضي الموضوع دون رقابة عليه فيما يرتبه من تفسير هذه الشروط ، لأن تطبيق نص من نصوص العقد دون نص آخر أولى منه هو اجتهاد يخضع فيه القاضي لرقابة محكمة النقض (تقضى مدني في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ بمجموعة صم ٢٢٢ رقم ٧٩ من ٢٢٢) - وقضت محكمة النقض أيضاً بأن تفسير بند في العقد تفسيراً صحيحاً مع ترك البنود الأخرى يوجب نقض الحكم (تقضى مدني في ٢٣ مارس سنة ١٩٣٩ بمجموعة صم ٢ رقم ١٧٣ من ٥٣٢) . أنظر أيضاً في هذا المعنى والنقض في المواد المدنية والتجارية لحامد فهمي بإسناد والدكتور محمد حامد فهمي بك من ٢٩٦ - من ٢٩٩ (والتمييز غير واضح في هذا المرجع من تفسير العقد وتحديد نطاقه) .

المطلب الثالث

إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد

(العقد شريعة المتعاقدين)

٤٠٩ - القاعدة العامة والاستثناء منها : القاعدة العامة هي أن العقد شريعة

المتعاقدين ، فالواجب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه . وقد أورد القانون الجديد . عند الكلام في آثار العقد (١) . على هذه القاعدة استثنائين . الاستثناء الأول ما تقضى به نظرية الحوادث الطارئة من جواز تعديل القاضي للعقد (م ١٤٧ فقرة ٢) ، والاستثناء الثاني ما تقضى به نظرية عقود الإذعان من جواز تعديل القاضي للشروط التعسفية أو الإعفاء منها (م ١٤٩) .

ولا نعود إلى عقود الإذعان فقد سبق الكلام فيها (٢) . ونقتصر هنا على ملاحظة أن العقد إذا تم بطريق الإذعان واشتمل على شروط تعسفية . فإن العيب الذي يلحق العقد في هذه الحالة يلحقه منذ تكوينه . لا عند تنفيذه كما هو الأمر في نظرية الحوادث الطارئة . فنظرية عقود الإذعان أقرب إلى نظرية عيوب الرضاء . وما الإذعان إلا ضرب من الإكراه أو الاستغلال . يرتب عليه القانون نتائج محدودة . وكان المنطق يقضى بأن يوضع النص الخاص بعقود الإذعان في المكان الذي وضع فيه النص الخاص بنظرية الاستغلال ، فهذه أشكل بتلك .

فلذا تركنا عقود الإذعان بقى أن نبث مسألتين : (١) القاعدة وهي تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه (٢) ثم الاستثناء وهو ما تقضى به نظرية الحوادث الطارئة .

١٥ - تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه

٤١٠ - النصوص القانونية : نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤٧

من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

(١) وإلا فإن القانون أورد استثناءات أخرى كثيرة نرفت في أماكن مختلفة كما سنرى .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١١٨ وما بعدها .

«العقد شريعة المتعاقدين . فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون (١) .»

ونصت الفقرة الأولى من المادة ١٤٨ على ما يأتي :

«يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية (٢) .»

٤١١ - العقد شريعة المتعاقدين : بعد أن يفسر القاضي العقد ويحدد

نطاقه ، لا يبقى إلا أن يلزم المتعاقدين بتنفيذ جميع ما اشتمل عليه ، ما دام العقد قد نشأ صحيحاً ملزماً . وهو لا يكون صحيحاً ملزماً إلا في الدائرة التي يجيزها القانون ، أي في نطاق لا يصطدم فيه مع النظام العام ولا مع الآداب . ويطبق القاضي العقد كما لو كان يطبق قانوناً ، لأن العقد يقوم مقام القانون ، تنظيم العلاقة التعاقدية فيما بين المتعاقدين . بل هو ينسخ القانون في دائرة النظام العام والآداب ، وقد رأينا أن الأحكام القانونية التي تخرج عن هذه الدائرة ليست إلا أحكاماً تكميلية أو تفسيرية لإرادة المتعاقدين ، فإذا تولى المتعاقدان بإرادتهما تنظيم العلاقة فيما بينهما في العقد ، كان العقد

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ٢١٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : «العقد شريعة المتعاقدين ما دام قد انعقد صحيحاً ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون» . وأقرته لجنة المراجعة بعد حذف عبارة «ما دام قد انعقد صحيحاً» لعدم الحاجة إليها ، وأصبح رقم النص الفقرة الأولى من المادة ١٥١ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٤٧ فقرة أولى ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٨ - ص ٢٨٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ٢١٤ من المشروع التمهيدي .

على الوجه الآتي : «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه عرف التعامل» . وفي لجنة المراجعة عدل النص تعديلاً لفظياً على النحو الآتي :

«يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وما تقتضيه نزاهة التعامل» ، وأصبح رقم النص المادة ١٥٢ فقرة أولى في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ قيل تعليقاً على النص إنه وإن كان العقد شريعة المتعاقدين فليس ثمة عقود تحكم فيها المبادئ العامة كما كان الشأن في بعض العقود عند الرومان ، فحسن النية يظل المقود جماً سواء فيما يتعلق بتعيين مضمونها أم فيما يتعلق بكيفية تنفيذها . وحذفت اللجنة عبارة «وما تقتضيه نزاهة التعامل» ، وعللت هذا الحذف في تقريرها بأن «في عموم تعبير حسن النية ما يفني عنها» ، وأصبح رقم المادة ١٤٨ فقرة أولى . ووافق عليها مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٧ - ص ٢٩٠) .

هو القانون الذى يسرى عليهما . وتوارى الدليل أمام الأصيل . وهذا هو المعنى الذى قصدت إليه الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ حين قالت : «العقد شريعة المتعاقدين» . وتقول المادة ١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى فى هذا المعنى : «الانفاقات التى تمت على وجه شرعى تقوم بالنسبة إلى من عقدوها مقام القانون» . *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi.* (à ceux qui les ont faites. وقد نقل المشرع الفرنسى هذا النص عن دوما (Domat) كما قدمنا (١).

١٢- فم يجوز نقض ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب

التي يقرها القانون : والنتيجة المباشرة للمبدأ القاضى بأن العقد شريعة المتعاقدين . هى أن العقد لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون .

لا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة القاضى ، فلا يجوز لهذا أن ينقض عقداً صحيحاً أو يعدله بدعى أن النقص أو التعديل تقتضيه العدالة ، فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين ولكن لا تنسخها . ولا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة أى من المتعاقدين ، فإن العقد وليد إرادتين ، وما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة .

هذا هو الأصل . ومع ذلك يجوز نقض العقد أو تعديله باتفاق المتعاقدين أو لأسباب يقرها القانون .

(١) وإذا كان العقد شريعة المتعاقدين ، فليس هذا معناه أن نصوص العقد تأخذ حكم نصوص القانون على وجه مطلق . وقد عقد جوسران (جزء ٢٤٧-٢٤٨- مقارنة بين العقد والقانون . أما وجوه الشبه ففى أن كلا منهما ملزم ، وفى أن كلا منهما يجوز أن يخرج على قانون أو على عرف ، وفى أنه يجوز حل العقد كما يجوز إلغاء القانون بين الطرفين التى صنع بها كل منهما ، وفى أن العقد يفسر كما يفسر القانون طبقاً لمتطلبات العدالة وحسن النية . ووجوه الخلاف هى أن العقد لا يجوز أن يخرج على قانون يعتبر من النظام العام أما القانون فيبقى قانوناً آخر مثله ولو كان معتبراً من النظام العام ، والعقد قد يحل بإرادة واحدة فيمكن إذن حله بطريقة غير التى صنع بها فى أحوال استثنائية بخلاف القانون فلا يلى إلا بالطريقة التى صنع بها ، وتضرب العقد مسألة موضوعية (على تفصيل سبق بيانه) لا رقابة لمحكمة النقض عليها أما تضرب القانون مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض .

فيكون نقض العقد أو تعديله من عمل المتعاقدين معاً . إما باتفاقهما على ذلك عند النقص أو التعديل . أو باتفاقهما عند التعاقد على إعطاء هذا الحق لأحدهما . والقواعد التي تطبق على توافق الإرادتين في إيجاد العقد هي ذاتها التي تطبق على توافق الإرادتين في نقضه أو في تعديله .

وقد يكون نقض العقد أو تعديله لسبب يقرره القانون . فهناك عقود ينص القانون على أنه يجوز لأحد المتعاقدين أن يستقل ببلغائها . كالوكالة والوديعة والعقود الزمنية التي لم تحدد لها مدة كالشركة والإيجار وعقد العمل . وقد ينص القانون في بعض الأحوال الاستثنائية على جواز تعديل العقد نزولاً عند اعتبارات عادلة . كما فعل في جواز تعديل الشرط الجزائي (م ٢٢٤) ، وفي جواز منح المدين نظرة الميسرة (م ٣٤٦) . وفي جواز الرجوع في الهبة (م ٥٠٠) . وفي جواز تعديل أجر الوكيل (م ٧٠٩) ، وفي جواز رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في نظرية الحوادث الطارئة التي سنتناولها بالبحث بعد قليل (١) .

٤١٣ - ولكن يجب تنفيذ العقد بطريقة تنفق مع ما يبرمه حسن النية:

كان المشروع التهديدي للقانون الجديد ينص على أنه يجب تنفيذ العقد بطريقة تنفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه شرف التعامل . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع في هذا الصدد ما يأتي : « فإذا تعين مضمون العقد وجب تنفيذه على وجه يتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه العرف في شرف التعامل . وبهذا يجمع المشروع بين معيارين : أحدهما ذاتي قوامه نية العاقد وقد اختاره التقنين الفرنسي . والآخر مادي يعتد بعرف التعامل وقد أخذ به التقنين الألماني » . (٢) ومن ثم نرى أن لجنة القانون المدني بمجلس

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتي : « المقد شرعية المتعاقدين ، ونسكه شرعية اتفاقية ، فهو يلزم عاقديه بما يرد الاتفاق عليه من وقع صحيحاً . والأصل أنه لا يجوز لأحد طرفي التعاقد أن يستقل بنقضه أو تعديله ، بل ولا يجوز ذلك للقاضي . لأنه لا يتولى إنشاء العقود عن عاقدتها وإنما يقتصر عمله على تفسير مضمونها بالرجوع إلى نية هؤلاء العاقدين . فلا يجوز إذن نقض المقد أو تعديله إلا بتراضي عاقدته — ويكون هذا التراضي بمثابة عقد جديد — أو لسبب من الأسباب المقررة في القانون ، كما هي الشأن في أسباب الرجوع في الهبة » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٢٧٩ — ص ٢٨٠) .

(٢) مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٢٨٨ .

الشيوخ . عند ما حذفت المعيار الثانى الخاص بزاهة التعامل من المشروع
النهائى . قد استبقت فى الواقع المعيار الذاتى دون المعيار المادى . أما ما ذكرته
فى تقريرها من أنها حذفت العبارة التى تقرر المعيار المادى ، لأن فى عموم
تعبير حسن النية (وهذا هو المعيار الذاتى) ما يغنى عنها (١) فغير صحيح . لأن
المعيار الذاتى لا يغنى عن المعيار المادى . لذلك يجب . بعد هذا التعديل .
الاقتصار على المعيار الذاتى . وهو معيار حسن النية .

فالقاضى عندما يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد يقتضى منهما أن يتفداه بطريقة
تتفق مع ما يوجبه حسن النية . ذلك أن حسن النية هو الذى يسود فى تنفيذ
جميع العقود . ولم يعد هناك ، كما كان الأمر فى القانون الرومانى ، عقود
حرفية التنفيذ (contrats de droit strict) وعقود رائدها حسن النية (contrats de
bonne foi) بل العقود جميعها فى القانون الحديث قوامها فى التنفيذ حسن النية (٢) .
ويرتب القضاء الفرنسى على وجوب مراعاة حسن النية فى تنفيذ العقد
أن الما قول إذا تعهد بتوصيل أسلاك الكهرباء وجب عليه أن يقوم بتوصيلها
من أقصر طريق ممكن (٣) . وأن أمين النقل يجب عليه أن ينقل البضاعة من
الطريق الأصلح بالنسبة إلى صاحبها (٤) .

ويجزى القانون حسن النية فيما يتعلق بتنفيذ العقد . فيمنح المدين نظرة
الميسرة إذا كان فى عدم تنفيذه للعقد حسن النية (م ٣٤٦ فقرة ٢) .
ويجازى سوء النية فى عدم تنفيذ العقد ، فيلزم المدين فى المسئولية العقدية

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٠ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما بأتى : « ويستخلص
عما تقدم أن العقد وإن كان شريعة المتعاقدين ، فليس ثمة عقود تحكم فيها البىأتى دون المانى كما
كان الشأن فى بعض العقود عند الرومان ، فحسن النية يظل العقود جميعاً سواء فيما يتعلق
بتعين مضمونها أم فيما يتعلق بكيفية تنفيذها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٨) —
وتقول الأستاذة بلانيل وريير وبولانجيه فى وسطهم (جزء ٢ فقرة ٥٥ : — فقرة ٤٥٧)
إن القاضى كما يمنع التدليس (dol) فى تكوين العقد ، كذلك يمنع الغش (fraude) فى تنفيذه .
والتدليس والغش شىء واحد يتخذ اسمين مختلفين ، فهو تدليس عند تكوين العقد ، وهو غش
عند تنفيذه .

(٣) تمس فرنسى فى ١٩ يناير سنة ١٩٢٥ دالوز الأسبوعى ١٩٢٥ ص ٧٧ .

(٤) تمس فرنسى فى ٣١ يناير سنة ١٨٨٧ سيرة ٨٧ — ١ — ٤٢٠ .

بالتعويض عن الضرر الذى كان لا يمكن توفعه وف التعاقد إذا كان هذا المدين فى عدم تنفيذه للعقد قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً (م ٢٢١ فقرة ٢) . وهذا وذلك يمان عما وراءهما من قاعدة مستترة تنهى عن الغش وتأمّر بحسن النية فى تنفيذ العقد .

وهناك عقود يتجلى فيها واجب حسن النية فى التنفيذ فى صورة التزام بالتعاون ، وهو التزام يقضى على كل من المتعاقدين أن يتعاون مع صاحبه فى تنفيذ العقد . وفى عقد الشركة واجب التعاون ما بين الشركاء فى تنفيذ العقد أمر ملحوظ . حتى أن القانون يجيز حل الشركة لو أخل أحد الشركاء بهذا الواجب (م ٥٣٠ - ٥٣١ من القانون المدنى الجديد والمادة ١٨٧١ من القانون المدنى الفرنسى) . وفى عقد التأمين يلزم واجب التعاون المؤمن له أن يخطر المؤمن بما يقع من حوادث أثناء سريان العقد وأن يبذل ما فى وسعه للتخفيف من الضرر المؤمن عليه إذا وقع (قانون ١٣ يولية سنة ١٩٣٠ فى فرنسا : م ١٧ و ١٩ و ٢١) . ويقضى واجب التعاون على الناشر أن يخطر المؤلف عما تم فى بيع كتابه . وعلى المشتري أن يخطر البائع بدعوى استحقاق المبيع فى وقت ملائم (م ٤٤٠ جديد) . وإذا كشف عيباً فى المبيع وجب عليه أن يخطر البائع به فى خلال مدة معقولة (م ٤٤٩) . ولا يجوز للمستأجر أن يمنع المؤجر من إجراء الترميمات المستعجلة التى تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة (م ٥٧٠) . ويجوز للمستأجر أن يضع بالعين المؤجرة أجهزة لتوصيل المياه والنور الكهربائى والغاز والتليفون والراديو وما إلى ذلك . فإذا كان تدخل المؤجر لازماً لإتمام شئ من ذلك جاز للمستأجر أن يقتضى منه هذا التدخل (م ٥٨١) . ويجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله ، كأن تحتاج العين إلى ترميمات مستعجلة أو ينكشف عيب فيها أو يقع اغتصاب عليها أو يعتدى أجنبي بالتعرض لها أو بإحداث ضرر بها (م ٥٨٥) . وعلى الوكيل أن يوافى الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة (م ٧٠٥) . وعلى أى وجه كان انتهاء الوكالة يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف (م ٧١٧) (١) .

(١) الدكتور حلمى بهجت بدوى بك ص ٣٩١ - ص ٣٩٩ . وقد أورد تطبيقات كثيرة لفكرة التعاون .

ويمكن القول بوجه عام إن التزام التعاقد بتنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجهه حسن النية يغنى في بعض الأحوال عن الالتجاء إلى نظرية التعسف في استعمال الحق . فإن التعاقد الذي يحيد عن حسن النية في المطالبة بحقه يكون مسئولاً على أساس المسؤولية العقدية لإخلاله بالتزامه العقدى من وجوب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد ، قبل أن يكون مسئولاً على أساس المسؤولية التقصيرية للتعسف في استعمال الحق (١).

§ ٢ - نظرية الحوادث الطارئة (*)

(Théorie de l'imprévision)

٤١٤ - **النصوص القانونية :** نصت الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى الجديد على ما يأتى :

«ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى ، تبعاً للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول .

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٤٥٥ - فقرة ٤٥٧ .

(*) بعض المراجع : برينيه (Brunet) رسالة من أوكس سنة ١٩١٧ - سان مارك (Saint-Marc) رسالة من باريس سنة ١٩١٨ - جيليت (Gueulette) رسالة من باريس سنة ١٩١٩ - مورى (Maury) رسالة من تولوز سنة ١٩٢٠ - ردوان (Raoulant) رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ - فيوت (Fyot) رسالة من ديجون سنة ١٩٢١ - بريزان (Bruzin) رسالة من بوردو سنة ١٩٢٢ - فواران (Voirin) رسالة من نانسي سنة ١٩٢٢ - لايير (Lapeyre) رسالة من بواتيه سنة ١٩٢٣ - مانيان دى بورنيه (Magnan de Bornier) رسالة من مونبيه سنة ١٩٢٤ - ديجونكيير (Desjonquères) رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ - جاكمار (Jacquemard) رسالة من الجزائر سنة ١٩٢٨ - أوفرنى (Auverny) رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ - حامد زكى رسالة من باريس سنة ١٩٣٠ (فى القانون الإنجليزى) - دى جودان دى لاجرانج (De Gaudin de Lagrange) رسالة من مونبيه سنة ١٩٣٥ - بارير (Barreyre) رسالة من بوردو سنة ١٩٣٧ - فولا (Foula) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ - زاكس (Zacks) رسالة من تولوز سنة ١٩٣٩ - مقال للأستاذ عبد الفتاح السيد بك فى مجلة مصر المعاصرة السنة الثانية والستون ص ٦٤٩ وما بعدها (وشير فيها إلى قرارات مؤتمر باريس الدولى فى سنة ١٩٣٧) .

ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك (١) . وهذا نص مستحدث لم يكن له نظير في القانون القديم .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية لا يمكن توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى ، بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن ينقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، إن اقتضت العدالة ذلك » . وأضافت لجنة المراجعة كلمة « عامة » بدعارة « حوادث استثنائية » ، والمراد بإضافة هذا الوصف أن الحوادث الاستثنائية ينبغي ألا تكون خاصة بالمدين ، بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس كفيضان عال غير منتظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأرض أو غارة غير منتظرة للجراد أو انتشار وباء . وحذفت للجنة العبارة الأخيرة من المادة وهى « إن اقتضت العدالة ذلك » على أن يحمل عليها عبارة « تجا للظروف » توضع بدعارة « جاز للقاضى » . وأضافت فى آخر النص عبارة « ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » . وأصبح رقم المادة ١٥١ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة كما وردت فى المشروع النهائى . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ قيل فى إيضاح النص إن الحوادث الاستثنائية العامة تصرف إلى ما كان عاماً من هذه الحوادث كالفيضان والجراد ، ولا تصرف إلى الحوادث الفردية — كحريق المحصول مثلا — ولا يمد انتشار الدودة نادئا استثنائيا عاما لأنه خطر متوقع . وقيل أيضاً إن أساس النظرية هو تضحية من الجانبين وليس إخلاء أيهما من التزامه ، بل يتحمل كل منهما شيئا من الخسارة لا أن يتحملها أحدهما بإبطال العقد . وذكر أن المشروع قنع فى تحديد الحادث غير المتوقع بوضع ضابط للتوجيه دون أن يورد أمثلة تطبيقية فقهية الصيغة وبذلك غاير القانون البولونى الذى أخذ عنه نص المادة لأن هذا التقنين قد أخطأ التوفيق فى هذا الصدد إذ جمع بين الحرب والوباء وبين هلاك المحصول بأسره فى بعض ماساق من تطبيقات فخلط بذلك بين الملة والمعلول . وقيل كذلك إن استعمال القاضى للرخصة فى إهماس الالتزام المرهق خاضع لمراقبة محكمة النقض من حيث توافر الشروط التى تبيح استعمال هذه الرخصة . ولما اعترض على عبارة « ينقص الالتزام المرهق » لأن القاضى قد يرى زيادة الالتزام المقابل لا إهماس الالتزام المرهق كان الرد أن الإهماس غير مقصود به الإهماس المادى وإنما قصد به التعديل وينسب دائما إلى عبء الالتزام ، فاستعاضت اللجنة عن عبارة « ينقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول » بعبارة « يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول » . ثم قام اعتراض على النص فى ذاته بدعوى أنه يخرج القاضى عن وظيفته ، إذ أن وظيفته هى تفسير إرادة المتعاقدين لا تعديل هذه الإرادة ، وبدعوى أن النص يثير مشا كل ومنازعات تهدد المعاملات لأن أن حادث سياسى قد يترتب عليه نارة رفع الأسعار وأخرى انهيارها ، فأجيب على هذه الاعتراضات بأن القاضى يحكم طبقا لقواعد العدالة عندما لا يجد نصا فى العقد وهو فى هذا يعمل فى حدود وظيفته . وبعد مناقشة لم تر اللجنة الأخذ بهذه الاعتراضات ، وأقرت النص تحت رقم المادة ١٤٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٨ — ص ٢٨٦) .

نظريتها تصلح اختلال التوازن : هاتان يصلحان التوازن عن طريق الضرب على يد المتعاقد القوى أثناء تكوين العقد ، وهذه تصلح التوازن عن طريق الأخذ بيد المتعاقد الضعيف أثناء تنفيذ العقد . على أن اختلال التوازن في نظرية الحوادث الطارئة يرجع إلى حادث لا يد فيه لأى من المتعاقدين . ومن ثم تنوزع تبعته بينهما . وفي النظريتين الآخرين يرجع اختلال التوازن إلى استغلال القوى من المتعاقدين للضعيف منهما ، ومن ثم يرفع عن الضعيف كل ما أصابه من الغبن (١).

ونظرية الحوادث الطارئة لها تطور معروف ، وقد أخذ بها القانون المدنى الجديد نظرية عامة وطبقها تطبيقاً تشريعياً في حالات معينة . فنحن نتكلم : (أولاً) في التطور التاريخي لنظرية الحوادث الطارئة . (ثانياً) في نظرية الحوادث الطارئة في القانون المدنى الجديد .

١ - التطور التاريخي لنظرية الحوادث الطارئة

٤١٦ - النظرية في المصور الوسطى : لما كانت نظرية الحوادث الطارئة

= عاصراً لنقاد العقد (وهو الاستغلال) أو كان لاحقاً له (وهى حالة الحادث غير المتوقع) لا يدمر أثره فيما يكون للتعاقد من قوة الإلزام . فقد يكون سبباً في بطلانه أو في انقضائه على الأقل . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨١) .

(د) وتعين نظرية الظروف الطارئة على التوازن ما بين التنفيذ المبني للعقد وتنفيذه من طريق التمريض . ففي تنفيذ العقد من طريق التمريض لا يلزم المدين إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد . وما نحن ، بفضل نظرية الظروف الطارئة ، نقرر ما يقرب من ذلك في التنفيذ المبني ، فلا يلزم المدين بتنفيذ التزامه التعاقدى تنفيذاً عينياً إلا بالقدر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ، وما زاد على هذا القدر المتوقع فلا يتحمل تبعته كاملة . ونقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التميدى في هذا المعنى ما يأتى : « ويلاحظ من ناحية أخرى أن نظرية الطوارئ غير المحققة تقيم ضرباً من ضروب التوازن بين تنفيذ الالتزام التعاقدى تنفيذاً عينياً وتنفيذه من طريق التمريض . إذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٩٩ (من المشروع التميدى وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ من القانون الجديد) بأن المدين لا يلزم إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد . ويجوز بفضل هذه النظرية أن يقتصر التنفيذ المبني إلى حد بعيد عما كان في الوسم أن يتوقع عقلاً وقت انعقاد العقد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢) .

هذا وتختلف نظرية الظروف الطارئة ومعها نظرية الإذعان عن نظرية الاستغلال في أن نظرية الاستغلال ذات معيار شخصي : استغلال هوى جامع أو طبش ين . أما نظريتا الحوادث الطارئة والإذعان فلهما معيار مادي : حادث طارئ عام واحتكار لسعة أو مرفق .

ذات جانب أدنى بارز . فهي تسعف المتعاقد المنكوب عند ما يختل التوازن الاقتصادي للعقد . فإن ظهورها لا يستغرب في القوانين المشبعة بالروح الدينية . ظهرت في العصور الوسطى في القانون الكنسي . ولها أثر ملحوظ في الفقه الإسلامي (١).

فقد كان رجال الكنيسة في العصور الوسطى يرتبون على الحوادث الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين أثراً قانونياً . فهناك غبن يقع على المدين المرهق ، والعين لا يجوز سواء عاصر تكوين العقد أوجد عند تنفيذه . إذ هو ضرب من الربا المحرم لا يحل أكله ، وهو لإثراء دون حق للدائن على حساب المدين المرهق . وقامت الصياغة الفنية للنظرية في القانون الكنسي على أساس قاعدة تغير الظروف (rebus sic stantibus) . فالعقد يفترض فيه شرط ضمنى هو أن الظروف الاقتصادية التي عقد في ظلها تبقى عند تنفيذه ولا تتغير تغيراً جوهرياً . فإذا ما تغيرت بحيث يصبح تنفيذ العقد جائراً بالنسبة إلى أحد المتعاقدين ، وجب تعديل العقد ليزول الحيف الناشئ من هذا التغير المفاجيء في الظروف الاقتصادية .

وسلم رجال الفقه الإسلامي بنظرية الحوادث الطارئة في بعض العقود ، وبخاصة في عقد الإيجار . فينسخ الإيجار بالعذر في مذهب الحنفية ، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلزمه بالعقد ، فكان الفسخ في الحقيقة امتناعاً من التزام الضرر (٢) .

(١) أما في القانون الروماني فلا نسمع لها صدى إلا في أقوال الفلاسفة من أمثال شيشرون (Cicéron) وسينيك (Sénèque) .

(٢) البدائع ٤ ص ١٩٧ — والعذر إما أن يرجع للعين المؤجرة كمن استأجر حماماً في قرية مدة معلومة ، ففقر الناس ووقع الجلاء ، فلا يجب الأجر (الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٦٣) . وإما أن يرجع للمؤجر ، كأن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلا من غبن العين المؤجرة ، فيجعل الدين عذراً في فسخ الإجارة ، وكذلك لو اشترى شيئاً فأجره ثم اطلع على عيب به له أن يفسخ الإجارة ويرده باليب (البدائع ٤ ص ١٩٨ — ١٩٩ — الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٥٩ — ٤٦٣) . وإما أن يرجع للمزجج ، نحو أن يفسد فيقوم من السوق ، أو يريد سفرأ ، أو ينتقل من الحرفة إلى الزراعة ، أو من الزراعة إلى التجارة ، أو ينتقل من حرفة إلى حرفة (البدائع ٤ ص ١٩٧) ، وكذا إذا كانت الإجارة لغرض ولم يبق ذلك الغرض ، أو كان عذر يمنعه من الجرى على موجب العقد شرعاً ، تنتقض الإجارة من غير حق ، كما لو =

٤١٧- النظرية في القانون المحرّيت - اثرها في القانون الخاص :

ولما كانت نظرية الحوادث الطارئة ثغرة ينفذ منها القاضي إلى العقد فينال من قوته الملزمة ، إذ هو يعدل العقد بطلب من أحد المتعاقدين دون رضا الآخر ، لم تلبث النظرية أن انتكصت على أيدي المدنين من رجال القانون الفرنسي القديم ، واندثرت بعد ذلك أمام النظرية المعارضة ، نظرية القوة الملزمة للعقد . وثبت القانون المدني الحديث على هذا الموقف ، فلم يقر النظرية لا فقهاً - على خلاف في الرأي - ولا قضاء .

أما في الفقه فقد انبرى لتأييدها بعض الفقهاء ، وحاولوا أن يجدوا لها سنداً في المبادئ العامة للقانون المدني . ف قيل إن النظرية تقوم على أساس المبدأ القاضي بأن العقود يجب تنفيذها بحسن نية ، وليس من حسن النية أن يتعسف الدائن بالمدين إذا أصبح التزام هذا مرهقاً لظروف طارئة لم تكن في حسابه (١) . ولكن خصوم النظرية يردون بأن حسن النية يقضي بأن ينفذ المتعاقدان ما اتفقا عليه ، لا أن يعدل القاضي هذا الاتفاق ، فيفتح الباب واسعاً للتحكم - وقيل إن النظرية تفسر في ضوء المبدأ القاضي بأن المدين في التزام تعاقدى لا يدفع تعويضاً لإلحاق الضرر المتوقع ، فلا يجوز إذن أن يحاسب المدين عن ظروف طارئة سببت ضرراً جسيماً لم يكن متوقفاً وقت التعاقد (٢) . ويزد الخصوم بأن هذا حكم لا يطبق إلا عند عدم تنفيذ العقد بخطأ المدين ، لا عند تنفيذه كما هي الحال في نظرية الحوادث الطارئة - وقيل إن النظرية ترجع إلى مبدأ الإثراء بلا سبب ، فالقاضي بتعديله العقد المرهق يمنع الدائن من أن يثرى على حساب المدين (٣) . ويرد على ذلك

= استأجر إنساناً لقطع يده عند وقوع الأكلة أو لقطع السن عند الوجع ، فبرأت الأكلة وزال الوجع ، تنتقض الإجارة (الفتاوى الهندية ٤ ص ٥٨ - ابن عابدين ٥ ص ٢٦) .

ونظرية المنع في الفقه الإسلامي - كما نرى - واسعة . وقد وضع الفقهاء للمنع معياراً مرناً ، فقال ابن عابدين (جزء ٥ ص ٧٦) : « والماصل أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المقود عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ » . فالنظرية تنتظم ما يعتبره القانون الحديث قوة فاعلة ، وما يعتبره حوادث طارئة ، وما يعتبره دون هذه وتلك . تارن أيضاً تصحيح المسكر (عقد الإيجار للمؤلف فقرة ١٦١ ص ٢٠٩) .

(١) ريب في القاعدة الأدبية فقرة ٨٤ وما بعدها - بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦ .

(٢) تارن بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦ ص ٥٥٤ .

(٣) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦ ص ٥٥٥ .

بأن الدائن لم يثر بلا سب . بل إن هناك سبباً لإثرائه هو العقد - وقيل إن نظرية السبب تصلح سنداً . إذ متى وصل التزام المدين إلى حد الإرهاق أصبح لا يستند إلى سبب كامل ووجب إنقاظه . ولكن نظرية السبب لا تشترط وجود التعادل الاقتصادي ولا استمراره إذا وحده . وإلا لكان الغبن سبباً في بطلان العقد - وقيل أخيراً إن نظرية الحوادث الطارئة يمكن إسنادها إلى مبدأ التعسف في استعمال الحق . والدائن يتعسف في استعمال حقه إذا طالب المدين بتنفيذ التزام أصبح مرهقاً لظروف طارئة لم يكن أحد يتوقعها . ويرد خصوم النظرية بأن الدائن قد أراد إبرأخي التعاقد إلى مدة من الزمن أن يأمن جانب تغير الظروف . فإذا هي تغيرت وطالب بحقه الذي تعاقد من أجله كان متبصراً لا متعسفاً (١) - ثم تقول جمهرة رجال الفقه إن نظرية الحوادث الطارئة مكانها هو التشريع . فإذا جدت أحوال تقتضي تدخل المشرع ، عولجت بالتشريع المناسب وبقدر الحاجة . وهذا ما فعله المشرع في مصر وفي فرنسا على أثر الحربين العالميتين في تأجيل الديون (moratorium) ، وفي عقود الإيجار . وفي تحديد أسعار الحاجيات والمواد الغذائية . وفي بعض العقود التجارية (٢) .

أما القضاء المدني فلم يقر النظرية ، لا في فرنسا ولا في مصر .

وقد أبت محكمة النقض الفرنسية أن تعدل عقداً يرجع إلى القرن السادس عشر حيث كان متفقاً أن تروى مياه ترعة الأراضي المجاورة بمقابل أصبح بعد أن تغيرت الظروف الاقتصادية نافهاً كل التفاهة (٣) . وأبت أيضاً أن تعدل عقود التأمين من خطر التجنيد وقت أن كانت البلندية في فرنسا

(١) بلانول وريبر وبولانيه ٢ فقرة ٤٦٢ .

(٢) أنظر قانون فايو (Faillot) الصادر في فرنسا في ٢١ يناير سنة ١٩١٨ - وراجع في التشريع الفرنسي بعد الحرب العالمية الثانية مذكرات غير مطبوعة لقسم الدكتوراه للأستاذ موران (Morin) - وأنظر في اقتصار المشرع على التدخل عند الاقتضاء في حالات استثنائية الدكتور حلمي بهجت بدوى بك فقرة ٣٢٩ ص ٤١٥ - الدكتور أحمد حشمت أبوستيت بك فقرة ٣٥٨ - فقرة ٣٥٩ - وأنظر عكس ذلك في وجوب تدخل المشرع بنس عام يقرر النظرية في جلستها الدكتور حامد زكي (باشا) في رسالته في الحوادث الطارئة في القانون الإنجليزي ص ٣٧٥ ونظرية العقد للوئاف ص ٩٧٦ هامش رقم ١ .

(٣) قضى فرنسي في ٦ مارس سنة ١٨٧٦ سببه ١٨٧٦ - ١ - ١٦١ - أنظر حكماً آخر في ٨ أغسطس سنة ١٩٠٠ سببه ١٩٠٣ - ١ - ٤٦ .

بالاقتراع ، ثم زيد عدد الجيش إلى النصف تقريباً مما جعل التجنيد بطريق الاقتراع أكثر احتمالاً ، فزاد الخطر الذي تتعرض له شركة التأمين زيادة جسيمة بسبب هذا الحادث الطارئ (١) .

والقضاء المصري ، في ظل القانون القديم ، كالقضاء الفرنسي لم يأخذ بنظرية الحوادث الطارئة . وقد اضطر القضاء المختلط في هذا المعنى فعنده أن الالتزام لا ينقضى إلا إذا صار تنفيذه مستحيلاً ، أما إذا كان التنفيذ ممكناً فإنه يجب القيام به حتى لو كان مرهقاً للمدين (٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم أخير بأن التعاقد وقت الحرب يجعل صعوبات التنفيذ متوقعة ، فلا يجوز الاحتجاج بها للتخلص من الالتزام (٣) .

والقضاء الوطني أيضاً لم يقر نظرية الحوادث الطارئة . وقد كانت محكمة استئناف مصر الوطنية أخذت بالنظرية في حكم لها معروف ، ثبت فيه من وقائع القضية أن مصلحة الحدود تعاقدت مع شخص على أن يورد لها كمية من « الذرة العويجة » بسعر معين ، فورد بعض ما تعهد به ، ثم طالبت المصلحة بتوريد جزء آخر ، فامتنع بعد أن ارتفع سعر هذا الصنف من الأذرة على أثر إلغاء التسعيرة الجبرية من جنين وربع إلى ما فوق الخمسة الجنيهات . وقد قررت المحكمة في حكمها : « أنه وإن كان من المقرر احترام العقود باعتبارها

-
- (١) قضى فرنسي في ٩ يناير سنة ١٨٥٦ سيرة ٥٦-١-١٢٩- أنظر أيضاً أحكاماً رفضت الأخذ بنظرية الظروف الطارئة : قضى فرنسي في ١٧ يولية سنة ١٩٠٧ سيرة ١٩٠٨-١-١٠٩- وفي ٦ يولية سنة ١٩٢١ سيرة ١٩٢١-١-١٩٣ .
- (٢) استئناف مختلط في ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٣٩-٢٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤٤ ص ٣٦٨-١٦ فبراير سنة ١٩١٦ م ٣٨ ص ١٥٥-١٥ مارس سنة ١٩١٦ م ٣٨ ص ٢٠٢-١٩ أبريل سنة ١٩١٦ م ٣٨ ص ٢٦٠-٧ يولية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤١٤-٧ يولية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤١٦-١٧ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٥٧-٧ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٠٨-٨ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٢٦-٣٠ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٧٩-٦ يولية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٦٨-١٣ يولية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٨١-٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١١٢-٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٥-٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٥٣-قارن استئناف مختلط في ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٥١-٤ مارس سنة ١٩٢٥ (مشار إليه في رسالة الدكتور حامد زكي (باشا) ص ١٤٠-١٤١) .
- (٣) ٢ يولية سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٣٣ .

قانون المتعاقدين مادام لم يصبح تنفيذها مستحيلاً استحالة مطلقة لحادث قهري . إلا أنه يجب أن يكون ذلك معيلاً بمقتضيات عدالة وروح الإنصاف . فإذا طرأت عند التنفيذ ظروف لم تكن في حساب المتعاقدين وقت التعاقد . وكان من شأنها أن تؤثر على حقوق الطرفين وواجباتهما بحيث تخل بتوازنها في العقد إخلالاً خطيراً ، وتجعل التنفيذ مرهقاً لدرجة لم يكن يتوقعها بحال من الأحوال . فإنه يكون من الظلم احترام العقد في مثل هذه الظروف . ويجب عدلاً العمل على مساعدة المدين وإنفاذه من الحراب . وإن نظرية الطارئ بما لم يكن في حساب المتعاقدين تختلف عن نظرية الحادث الجبرى . إذ أن هذه تتطلب لأجل أن تتحقق استحالة التنفيذ كلية . وتلك تتطلب استحالة نسبية . أو بالأحرى ظرفاً يجعل التنفيذ أفدح خسارة وأعظم إرهاباً للمدين . وإن الروح التي أملت نظرية الإثراء على حساب الغير بغير سبب مشروع ونظرية الإفراط في استعمال الحق مع عدم وجود نصوص في القانون خاصة بهما هي نفسها التي تملى نظرية احترام الظروف الطارئة التي لم يكن يتوقعها المتعاقدان وقت التعاقد . وقد أخذ بتطبيقاتها في نظرة الميسرة وفي الضرر غير المتوقع (١) . ونرى من ذلك أن محكمة الاستئناف أسندت النظرية إلى مبادئ العدالة . وقرنتها بنظريتي الإثراء بلا سبب والتعسف في استعمال الحق من حيث أن النظريات الثلاث لم ترد فيها نصوص في القانون القديم ومع ذلك أخذ القضاء بها . ولكن هذا الحكم الفد ما لبث أن نقضته محكمة النقض . وقد قررت هذه المحكمة في حكمها : «أنه لا ينقضى الالتزام العقدى بالفسخ إلا إذا أصبح الوفاء غير ممكن لطروء حادث جبرى لا قبل للملتزم بدفعه أو التحرز منه ، فإن كان الحادث الطارئ لا يبلغ أن يكون كذلك ، بل كان كل أثره هو أن يجعل التنفيذ مرهقاً للمدين فحسب ، فلا ينقضى الالتزام . وإذن فالحكم الذى يقرر المساواة بين هاذين الحادثين من حيث أخذه بالفسخ في كليهما . زعماً بأن القانون المصرى ، وإن لم يقرر نظرية انفساخ الالتزام بالظروف الطارئة التي لم يكن يتوقعها المتعاقدان وإن جعل التنفيذ مرهقاً للمدين .

(١) استئناف مصر الوطنية في ٩ أبريل سنة ١٩٣١ المحلدة ١٢ رقم ٤١ ص ٦٣ -
واطر تطبيقاً للدكتور حامد زكى (باشا) في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية .

إلا أنه قد أباح الأخذ بها في بعض الحالات حيث تدعو مقتضيات العدالة وروح الإنصاف إلى ذلك . وبأن في نظريتي الإثراء على حساب الغير والإفراط في استعمال الحق ما يؤكد هذا النظر - الحكم بذلك على هذا الزعم مخالف للقانون متعين نقضه ، لأن الشارع وإن كان قد أخذ نظرية حساب الطوارئ في بعض الأحيان . إلا أنه قد استبقى زمامها بيده ، يتدخل به فيما يشاء وقت الحاجة . وبالقدر المناسب . ولمصلحة العاقدین كليهما . فما يكون للقضاء بعد ذلك إلا أن يطبق القانون على ما هو عليه^(١) . ويلاحظ أن محكمة النقض أثبت الأخذ بنظرية الحوادث الطارئة كسبب لانقضاء الالتزام ، لا لرده إلى الحد المعقول ، وعلى أساس أن نصوه في القانون المدني القديم تتعارض مع إقرار النظرية . فهي إذن لا تأبى أن يوضع للنظرية نص تشريعي عام يجعل الجزء إنقاص الالتزام لا انقضائه . بل هي تصرح بذلك في الحكم ذاته إذ تقول : «ومن حيث إنه وإن كانت هذه النظرية تقوم على أساس من العدل والعفو والإحسان ، إلا أنه لا يصح لهذه المحكمة أن تستبق الشارع إلى ابتداعها . فيكون عليها هي وضعها وتبيان الظروف الواجب تطبيقها فيها ، وتحديد ما ينبغي على قاضي الموضوع اتخاذه من الوسائل القانونية في حق العاقدین كليهما توزيعاً للغرم بينهما» . وقد رأينا أن القانون المدني الجديد قد سد هذا النقص . وأتى بالتشريع الذي كانت محكمة النقض تبتغيه . ومهما يكن من أمر . فإن القضاء الوطني بقي ، في ظل القانون القديم ، عند موقفه من نظرية الحوادث الطارئة . ففقت محكمة استئناف أسيوط بأنه ليس للمحاكم في مصر أن تأخذ بنظرية الطوارئ ، بل عليها أن تحكم بتنفيذ العقود كما هي وتفسيرها ، لا إدخال أي تعديل في الشروط المتفق عليها بين الطرفين^(٢) . وعادت محكمة النقض إلى رفض النظرية مرة أخرى ، ففقت بأنه «ليس في أحكام القانون المدني (القديم) ما يسوغ للقاضي نقض الالتزامات التي يرتبها العقد . بل إن هذا مناف للأصل العام القائل بأن العقد شريعة المتعاقدين . ولئن كان هذا القانون في المادة ١٦٨ قد أجاز للقاضي في أحوال استثنائية أن يأذن في الوفاء

(١) قض مدني في ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٣٢ ص ٥٢ .

(٢) ١٥ يناير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٣٨ ص ٦٨٣ .

على أقساط أو بميعاد لائق إذا لم يترتب على ذلك ضرر جسيم لرب الدين .
 وأجاز له في المادة ٥١٤ أن ينظر في أجر الوكيل المتفق عليه وتقديره بحسب ما يستصوبه . فهذا وذاك استثناء من الأصل كان لابد لتقريره من النص عليه . ثم إن ما كان من الشارع المصرى إبان الحرب العالمية الأولى وفي أعقابها وفي أثناء الحرب الثانية وعقب انتهائها من إصدار تشريعات مختلفة بوقف الآجال وإعطاء المهل والتدخل في عقود الإجارة وتحديد أسعار الحاجيات والمواد الغذائية - ذلك يدل على أنه أراد أن يستبقى بيده زمام نظرية الطوارئ .
 فيتدخل فيها شاء وقت الحاجة . وبالقدر المناسب . ولهذا فليس للقضاء أن يسبق الشارع إلى ابتداع هذه النظرية ، بل عليه أن يطبق القانون كما هو .
 وعلى ذلك فالحكم الذى يرفض القضاء بفسخ العقد بالرغم من أن ظروف الحرب العالمية وطوارئها قد جعلت تنفيذ التزام العاقد عسيراً عليه مرهقاً له ، لا يكون مخطئاً في تطبيق القانون (١) .

٤١٨ - ازدهار قانون القانون العام : على أن نظرية الحوادث الطارئة

إذا كانت قد اندثرت في القانون الخاص . فقد ازدهرت في القانون العام .
 بدأت في القانون الدولى العام شرطاً ضمنياً مفروضاً في المعاهدات الدولية ، فهي تنقضى بتغير الظروف (rebus sic stantibus) ، على ما هو معروف في هذا القانون .
 ثم انتقلت من القانون الدولى العام إلى القانون الإدارى . وكانت الحرب العالمية الأولى هي المناسبة التي وافقت مجلس الدولة الفرنسى للأخذ بها في قضية معروفة ، ثبت فيها أن شركة الغاز في مدينة بوردو كانت ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين ، ثم ارتفع سعر الغاز عقب نشوب الحرب من ثمانية وعشرين فرنكاً للطن في سنة ١٩١٣ إلى ثلاثة وسبعين فرنكاً في سنة ١٩١٥ .
 ولما رفع الأمر إلى مجلس الدولة قضى بتعديل العقد بما يتناسب مع السعر الجديد (٢) . ثم أعقب هذا الحكم أحكام أخرى من القضاء الإدارى في هذا المعنى (٣) .

(١) حش مدنى في ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٠ من ٤٣٥ .

(٢) مجلس الدولة الفرنسى في ٣٠ يونيو سنة ١٩١٦ سريه ١٩١٦ - ٣ - ١٧ .

(٣) مجلس الدولة الفرنسى في ٨ فبراير سنة ١٩١٨ سريه ١٩٢٤ - ٣ - ٢ - وفي

٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢١ سريه ١٩٢٣ - ٣ - ٣٣ - وفي ٢٧ مارس سنة ١٩٢٦ سريه

١٩٢٦ - ٣ - ١٠٨ .

وقد أخذ القضاء الإدارى - دون القضاء المدنى - بنظرية الحوادث الطارئة
لسببين :

(السبب الأول) أن الأفضية التى تعرض على القضاء الإدارى تتصل اتصالاً وثيقاً بالصالح العام . ولذلك يحرص القضاء الإدارى على أن يوفق فى أحكامه بين تطبيق القواعد القانونية الصحيحة والمصلحة العامة . فإذا نظر قضية كقضية شركة الغاز التى أشرنا إليها ، وجب أن يحسب حساباً للخدمة العامة التى تقدمها الشركة للجمهور ، إذ هى تقوم بمرفق عام ، فلا يجوز أخذها بالعت وإلا أفلس ، وقاسى الجمهور من ذلك أكثر مما يقاسيه لو عدل عقد الالتزام نزولاً على حكم الحوادث الطارئة . أما القضاء المدنى فالتكررة الغالبة من أفضيته تتعلق بمصالح الأفراد دون أن يكون لها مساس بالمصلحة العامة . فليس أمامه هذا الاعتبار الذى يصرفه عن التطبيق الدقيق للقواعد القانونية إلى ما تقتضيه المصلحة العامة .

(والسبب الثانى) أن القضاء الإدارى ليس مقيداً بنصوص تشريعية كالقانون المدنى . فهو يتمتع بكثير من الحرية تجعل بعض أحكامه أقرب إلى التشريع ، وتيسر له على كل حال أن يماشى تطور الظروف . أما القضاء المدنى فقيد بنصوص لا يستطيع الانحراف عنها إلا فى كثير من الجهد والمداورة . وهو يعرف القوة القاهرة ، ويعرف أن أهم شرط لها هو أن تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً ، وإلا فإن الالتزام يبقى كما هو دون أن يعدل . فلا يسهل على القضاء المدنى أن يغير من هذه القواعد حتى يدخل شيئاً من المرونة على فكرة القوة القاهرة ، ويتدرج بها من المستحيل إلى المرهق ، ويجعل لكل منزلة حكمها . وحتى إذا كان هذا القضاء المدنى يختص بالنظر فى أفضية إدارية - كما كانت الحال فى مصر قبل إنشاء مجلس الدولة ، بل كما هى الحال الآن إذ القضاء المدنى فى مصر لا يزال مختصاً بالنظر فى أفضية إدارية مشتركاً فى ذلك مع مجلس الدولة - فإنه يزرع إلى تطبيق نصوص القانون المدنى على هذه الأفضية الإدارية . وهذا ما فعلته محكمة النقض المصرية فى قضية تورب الأذرة إلى مصلحة الحدود وهى القضية التى سبقت الإشارة إليها . فقد كان من حق محكمة النقض بل من واجبها - والقضية التى تنظرها قضية إدارية -

أن تسير وراء مجلس الدولة في فرنسا فتأخذ بنظرية الحوادث الطارئة . ولكنها سارت وراء محكمة النقض الفرنسية فلم تأخذ بها .

وقد جند في مصر . لمصلحة تطبيق نظرية الحوادث الطارئة ، أمران : (أولهما) إنشاء القضاء الإداري ، وهو أكثر استعداداً لقبول هذه النظرية من القضاء المدني . (والثاني) ظهور القانون المدني الجديد ، وقد وجد فيه القضاء المدني ذاته النص الذي كان يتلمسه للأخذ بالنظرية .

٤١٩ - ظهورها أميراً في القانون الخاص : ومن ثم أخذت نظرية

الحوادث الطارئة تنتعش في السنين الأخيرة . حتى في دائرة القانون الخاص . فبدأت تظهر في التقنيات الحديثة . ظهرت في قانون الالتزامات البولوني ، ثم في القانون المدني الإيطالي الجديد ، ثم في القانون المدني المصري الجديد (١) . أما قانون الالتزامات البولوني فهو أول تقنين حديث اشتمل على نص عام في نظرية الحوادث الطارئة . فقد نص في المادة ٢٦٩ على ما يأتي : «إذا جرت حوادث استثنائية . كحرب أو وباء أو هلاك المحصول هلاكاً كلياً أو غير ذلك من النوازل الطبيعية . فأصبح تنفيذ الالتزام محوطاً بصعوبات شديدة أو صار يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة لم يكن المتعاقدان يستطيعان توقعها وقت إبرام العقد . جاز للمحكمة ، إذا رأت ضرورة لذلك . تطبيقاً لمبادئ حسن النية ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين . أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام ، أو أن تحدد مقداره . بل وأن تقضي بفسخ العقد» .

ثم تلى قانون الالتزامات البولوني القانون المدني الإيطالي الجديد ، فنص في المادة ١٤٦٧ على ما يأتي : «في العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدوري أو التنفيذ المؤجل إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقاً على أثر ظروف استثنائية . جاز للمتعاقد المدين بهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد . وللمتعاقد الآخر أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلاً لشروط العقد بما يتفق مع العدالة» .

(١) أنظر في هذه النظرية في القانون الإنجليزي مقالاً للأستاذ لين أولمان في حواشي القانون التجاري سنة ١٩٢١ ص ٢٧٩ وسنة ١٩٢٢ ص ٤١ — ورسالة الدكتور حامد زكي (باشا) في نظرية الحوادث الطارئة في القانون الإنجليزي باريس سنة ١٩٣٠ .

وثالث التفسيرات الحديثة التي اشتملت على نص عام في نظرية الحوادث الطارئة هو القانون المدني المصري الجديد . وقد مر بنا النص الذي وضعه لهذه النظرية في الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ .

وبرى من ذلك أن نظرية الحوادث الطارئة أخذت تسلك طريقها إلى التقنيات الحديثة . وأن ثلاثة من أحدث هذه التقنيات أوردت نصاً عاماً يقررها (١) .

ب - نظرية الحوادث الطارئة في القانون المدني الجديد

٤٢٠ - شروط تطبيق النظرية : لنظرية الحوادث الطارئة شروط

أربعة . نسطها فيما يلي . ولم يأخذ القانون المدني الجديد بالشرط الأول منها : (أولاً) أن يكون العقد الذي تثار النظرية في شأنه مترافياً : ذلك أن طرء

حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد - وهذا هو الأساس الذي تقوم عليه النظرية - يقتضى أن تكون هناك فترة من الزمن تفصل ما بين صدور العقد وتنفيذه . على أن العقد إذا كان غير مترافح . وضرات مع ذلك هذه الحوادث الاستثنائية عقب صدوره مباشرة وإن كان ذلك لا يقع إلا نادراً . فليس يوجد ما يمنع من تطبيق النظرية . ولهذا أثر القانون المصري - مقتدياً في ذلك بالقانون البولوني - أن يسكت عن شرط

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديد ما يأتي : « وقد استحدثت المشروع ... حكماً بالغ الأهمية ، إذ استثنى مبدأ الطوارئ غير المتوقعة من نطاق تطبيق القاعدة التي تحجر على القضاء تعديل العقود . وقد باذر القضاء الإداري في فرنسا إلى قبول هذا المبدأ ، ومضى في هذا السبيل قديماً مخالفاً في ذلك ما جرى عليه القضاء المدني . ولما طرح الأمر على محكمة النقض المصرية اختارت مذهب القضاء المدني في فرنسا ، فلم تر الأخذ بنظرية الطوارئ غير المتوقعة ، وألفت في هذه المناسبة حكماً أصدرته محكمة الاستئناف على خلاف هذا الرأي . وقد احتذى المشروع مثال التقنين البولوني (٢٦٩م) فيما أورد من أحكام تشريعية في هذا الشأن ، إلا أنه تقدم على هذا التقنين من ناحيتين : (أ) فبراعى من ناحية أنه رسم في وضوح ما يفرق بين حالة الطوارئ غير المتوقعة وحالة القوة القاهرة من حدود . ففى الحالة الأولى يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدى على حد تعبير المشروع مرهقاً يتجاوز حدود السعة دون أن يكون مستحيلاً ، ومؤدى ذلك أن الحالة الثانية هي التي تتحقق فيها هذه الاستحالة . (ب) وبراعى من ناحية أخرى أنه قنع في تحديد الحادث غير المتوقع بوضع ضابط للتوجيه ، دون أن يورد أمثلة تطبيقية « نية الصيغة ، إذ جمع بين الحرب والوباء ، وبين هلاك المحصول بأسره ، في بعض ما ساق من بقات ، خلط بذلك بين الملة والمعلول » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٠) .

التراخي فهو شرط غالب ، لا شرط ضرورى . أما القانون الإيطالى فقد نص على الشرط . بل عدد أنواع العقود التى تطبق فيها النظرية . فهى العقود ذات التنفيذ المستمر أو ذات التنفيذ الدورى (وهذه هى العقود الزمنية التى مر ذكرها) والعقود ذات التنفيذ المؤجل . وتجتمع هذه العقود فى أن هناك فاصلاً زمنياً ما بين صدور العقد وتنفيذه . فهى عقود مترخية (١)

(ثانياً) أن نجد بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة . مثل ذلك زلزال . أو حرب . أو إضراب مفاجئ . أو قيام تسعيرة رسمية . أو إلغائها . أو ارتفاع باهظ فى الأسعار . أو نزول فاحش فيها . أو استيلاء إدارى . أو وباء ينتشر . أو جراد يزحف أسراباً . ونرى من هذه الأمثلة أن الحوادث لا بد أن تكون استثنائية يندر وقوعها . ولم يأت النص المصرى بأمثلة . تاركاً ذلك للفقهاء والعمل . وكذلك فعل القانون الإيطالى . أما القانون البولونى فقد مثل للحوادث الاستثنائية بالحرب والوباء وهلاك المحصول هلاكاً كلياً .

وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المصرى الجديد يقتصر على اشتراط أن تكون احوادث استثنائية . كما فعل القانونان البولونى والإيطالى . ولكن اللجنة المراجعة . رغبة منها فى تضيق نطاق نظرية الحوادث الطارئة حتى لا تزعزع كثيراً من القوة الملزمة للعقد . اشترطت أن تكون الحوادث الاستثنائية عامة . والمراد بإضافة هذا الوصف - كما قيل فى اللجنة - أن الحوادث الاستثنائية ينبغى ألا تكون خاصة بالمدين ، بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس . كفيضانات عال غير منتظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأرض . أو غارة غير منتظرة للجراد . أو انتشار وباء (٢) . ويتبين من ذلك أن الحوادث الاستثنائية الخاصة بالمدين - كإفلاسه أو موته أو اضطراب

(١) أنظر الدكتور عبد الحى جازى فى عقد المدة ص ١٦٣ - ص ١٦٦ - بلانويل وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٧ ص ٥٥٥ - هذا ويجب استبعاد العقود احتمالية وعقود الضاربة فى البورصة لأنها جميعها تفرض أحد المتعاقدين لخسارة جسيمة أو لمكسب كبير (بلانويل وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٧ ص ٥٥٦) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢ .

أعماله أو حريق محصوله - لا تكفى لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة (١).

(ثالثاً) أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية ليس في الوسع توقعها : فإذا كانت متوقعة أو كان يمكن توقعها ، فلا سبيل لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة ، ففيضان النيل (إلا إذا كان فيضاناً استثنائياً) ، واختلاف سعر العملة (٢) ، وانتشار دودة القطن ، كل هذه حوادث في الوسع توقعها (٣) . ويتفرع على أن الحادث لا يمكن توقعه أن يكون أيضاً مما لا يستطيع دفعه ، فإن الحادث الذي يستطيع دفعه يستوى في شأنه أن يكون متوقفاً أو غير متوقع .

(رابعاً) أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً : وهنا نرى الفرق بين الحوادث الطارئة والقوة القاهرة . فهما إذا كانا يشتركان في أن كلا منهما لا يمكن توقعه ولا يستطيع دفعه ، إلا أنهما يختلفان في أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً أما الحادث الطارئ فيجعل التنفيذ مرهقاً فحسب . ويرتب على هذا الفرق في الشروط فرق في الأثر . إذ القوة القاهرة تجعل الالتزام ينقضي فلا يتحمل المدين تبعة عدم تنفيذه (٤) . أما الحادث الطارئ فلا يقضى الالتزام بل يردده إلى الحد المعقول فتتوزع

(١) أنظر ما دار من المناقشة في هذا الصدد في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، وقد علمناه في تاريخ نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ (أنظر آخفاً فقرة ٤١٤ في الهامش - وأنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٣ - ص ٢٨٤) .
(٢) ومن ثم قضت المادة ١٣٤ من القانون الجديد بأنه إذا كان على الالتزام هوداً ، ألزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد ، دون أن يكون لارتضاع قيمة النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر .

(٣) أنظر ما دار من المناقشة في هذا الصدد في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، وقد علمناه في تاريخ نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ ، وقد قبل في هذه اللجنة ولجنة المراجعة إن انتشار الدودة لا يعد حادثاً استثنائياً عاماً لأنه خطر متوقع ، أما الفيضان العالي غير المنتظر أو غارة الجراد غير المنتظرة أو انتشار الوباء فهذه حوادث ليس في الوسع توقعها (أنظر آخفاً فقرة ٤١٤ في الهامش - وأنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢ - ص ٢٨٤) .

(٤) ولكن إذا كان العقد ملزماً للجانبين ، فالمدين الذي أخصى التزامه لاستحقاقه تنفيذه بصفة عامة يتحمل التبعة في صورة أخرى ، فهو إذا لم يتحمل تبعة عدم تنفيذ التزامه ، إلا أن العقد يفسخ ، فيسقط الالتزام المقابل الذي كان فيه هذا المدين ديناً ، فيتحمل المدين التبعة من هذه الجهة . وسبباً تفصيل ذلك عند الكلام في الفسخ .

الخسارة بين المدين والدائن ويتحمل المدين شيئاً من نبعة الحادث (١) .

والإرهاق الذى يقع فيه المدين من جراء الحادث الطارىء معيار مرئ ليس له مقدار ثابت ، بل يتغير بتغير الظروف . فإ يكون مرهقاً لمدين قد لا يكون مرهقاً لمدين آخر . وما يكون مرهقاً لمدين فى ظروف معينة قد لا يكون مرهقاً لنفس المدين فى ظروف أخرى . والمهم أن تنفيذ الالتزام يكون بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة . فالخسارة المألوفة فى التعامل لا تكفى ، فإن التعامل مكسب وخسارة .

وإرهاق المدين لا ينظر فيه إلا للصفقة التى أبرم فى شأنها العقد . فلو أن المدين تهددته خسارة من جراء هذه الصفقة تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة ، كانت الخسارة فادحة حتى لو كانت لا تعد شيئاً كبيراً بالنسبة إلى مجموع ثروته . نعم إن ثروة المدين تكون إلى حد معين محل اعتبار فى تقدير الخسارة الفادحة ، فمن كان فقيراً كانت خسارته فادحة ولو لم تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة ، ومن كان ثرياً وجب أن تبلغ الخسارة الفادحة بالنسبة إليه أضعاف الخسارة المألوفة . ولكن حساب الخسارة يقتصر فيه على الصفقة التى أصبحت مرهقة ، فتنسب الخسارة إلى هذه الصفقة لا إلى مجموع ثروة المدين . فإذا تعاقد الفرد مع الحكومة ، وكان له أن يتمسك قبلها بنظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها بالنسبة إليه ، فللحكومة أيضاً أن تتمسك قبله بهذه النظرية إذا كانت الصفقة التى عقدتها تهددها بخسارة فادحة بالنسبة إلى الصفقة فى ذاتها . ولا يعتد بأن الحكومة لا يرهقها أن تتحمل هذه الخسارة إذ هى شئ هين بالنسبة إلى ميزانيتها الضخمة . بل إن الإرهاق لا ينتفى حتى لو كان المدين قد أسعفته ظروف موأبة لا تتصل بالصفقة التى أصبحت مرهقة فى ذاتها . فإذا التزم تاجر

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ولا كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة نظرية حديثة النشأة ، أسفر التطور عن إقامتها إلى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون أن تكون صورة منها ، فمن الأهمية بمكان أن نستبين وجوه التفرقة بين النظريتين . فالطوارئ غير المتوقعة تنتظمه مع القوة القاهرة فكرة المفاجأة والحتم . ولكنه يفتقر عنها فى أثره فى تنفيذ الالتزام . فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستحيلاً ، بل يجعله مرهقاً يتجاوز السعة دون أن يبلغ به حد الاستحالة . ويستتبع ذلك قيام فارق آخر يمتثل بالجزء . فالقوة القاهرة تقضى إلى انقضاء الالتزام ، وعلى هذا النحو يتحمل الدائن تبعاً كاملة . أما الطوارئ غير المتوقعة فلا يترتب عليه إلا انقضاء الالتزام إلى الحد المقبول ، وبذلك يتقاسم الدائن والمدين نبعة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨١) .

بتوريد قمح ، وخزن منه كميات كبيرة دون أن يتوقع علو السعر ودون أن تكون هناك صلة بين هذا التخزين وبين التزامه بتوريد القمح ، ثم علا سعر القمح لحادث طارئ أضعافاً مضاعفة ، جاز له أن يتمسك بنظرية الظروف الطارئة لتوافر شروطها في الصفقة التي أبرمها . أما المكسب الذي يجنيه من القمح المخزون لعلو السعر فيكون له هو ، ولا شأن للدائن به . ومن ثم نرى أن الإرهاق معياره موضوعي بالنسبة إلى الصفقة المعقودة ، لا ذاتي بالنسبة إلى شخص المدين (١) .

٤٢١- الجزء الثاني نظرية الظروف الطارئة : إذا توافرت الشروط المتقدمة

الذكر ، «جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك» (٢) . وكان المشروع النهائي للقانون الجديد ينص على أن القاضي «ينقص» الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ولما كان الإنقاص لم يقصد به الإنقاص المادى وإنما قصد به تعديل الالتزام بتخفيف عبئه ، فقد رأت لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ ، توخياً للدقة في تحرى هذا المعنى ، أن تعدل نص المشروع النهائي ، فيصبح على القاضي أن « يرد» الالتزام المرهق إلى الحد المعقول (٣) . وهذا التعديل قد أزال كل شك في أن القاضي مطلق اليد في معالجة الموقف الذى يواجهه . فهو قد يرى أن الظروف لا تقتضى إنقاص الالتزام المرهق ، ولا زيادة الالتزام المقابل ، بل وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ . وقد يرى زيادة الالتزام المقابل . وقد يرى إنقاص الالتزام المرهق .

قد يرى القاضي وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان الحادث وقتياً بقدر له الزوال في وقت قصير (٤) . مثل ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى ، وترتفع أسعار بعض مواد البناء لحادث طارئ ارتفاعاً فاحشاً

(١) أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٧ من ٥٥٦ .

(٢) هذه هي العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى الجديد .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٨٤ — من ٢٨٦ — أنظر أيضاً آخراً فقرة

٤١٤ (في الهامش) .

(٤) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦ .

ولكنه ارتفاع يوشك أن يزول لقرب انفتاح باب الاستيراد ، فيقف القاضى التزام المقاول بتسليم المبنى فى الموعد المتفق عليه ، حتى يتمكن المقاول من القيام بالتزامه دون إرهاق ، إذا لم يكن فى هذا الوقف صرر جسيم يلحق صاحب المبنى (١) .

وقد يرى القاضى زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرحق . وقد ضرب لذلك مثل فى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ : « تعهد تاجر بأن يورد ألف أردب من الشعير بسعر ستين قرشاً للأردب ، فيرتفع السعر إلى أربعة جنيهات ، فيرفع القاضى السعر الوارد فى العقد (٢) » . ولكن يلاحظ هنا أمران : (الأمر الأول) أن القاضى لا يرفع السعر الوارد فى العقد إلى أربعة جنيهات ، وإلا كان فى ذلك تحميل للطرف الآخر ، ليس فحسب تبعة الارتفاع الفاحش للأسعار بأكمله . بل أيضاً تبعة الارتفاع المألوف . والأصل أن الارتفاع المألوف للأسعار يتحملة المدين ، كما يتحمل الدائن انخفاض الأسعار المألوف . فإذا فرضنا فى المثل الذى نحن بصدده أن الارتفاع المألوف فى سعر الشعير هو عشرون قرشاً . وجب أن يتحمل المتعهد هذا المقدار دون أن يشترك معه فيه الطرف الآخر . وما زاد على ذلك - ويبلغ فى مثلنا ثلثمائة وعشرين قرشاً - هو ارتفاع غير مألوف يقسمه القاضى بين المتعاقدين ، حتى يتحمل كل منهما نصيبه فى الخسارة غير المتوقعة . فيصيب المتعهد منه مائة وستون قرشاً . ويرفع القاضى السعر ، ومقداره ستون ، بنصف الزيادة غير المألوفة ومقداره مائة وستون ، فيصل إلى مائتين وعشرين . وعلى الطرف الآخر أن يدفع للتاجر هذا السعر المعدل بدلاً من السعر المتفق عليه . (والأمر الثانى) أن القاضى عندما يرفع السعر من ستين إلى مائتين وعشرين ، لا يفرض على الطرف الآخر أن يشتري بهذا السعر . بل يحيره بين أن يشتري به أو أن يفسخ العقد . فإذا اختار الفسخ كان هذا أصلح للمدين . إذ يرتفع عن عاتقه كل أثر للحدث الطارىء .

(١) غارب من ذلك نظرة البصرة النصور. عليها فى المادة ٣٤٦ فقرة ثانية .

(٢) مجموعة الأعمال الحضرية ٢ ص ٢٨٥ .

وقد يرى القاضى إنقاص الالتزام المهرق . مثل ذلك أن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر لمصنع من مصانع الحلوى بالتسعييرة الرسمية . ثم يقل المتداول فى السوق من السكر إلى حد كبير لحادث طارىء : حرب منعت استيراد السكر ، أو إغلاق بعض مصانع السكر ، أو نحو ذلك . فيصبح من العسير على التاجر أن يورد لمصنع الحلوى جميع الكميات المتفق عليها . فيجوز فى هذه الحالة للقاضى أن ينقص من هذه الكميات بالمقدار الذى يراه ، حتى يرد التزام التاجر إلى الحد المعقول . فإذا فعل أصبح التاجر ملتزماً بتوريد الكميات التى عينها القاضى لا أكثر ، وجرى حكم العقد بهذا التعديل بين الطرفين . فيجوز لمصنع الحلوى أن يتقاضى الالتزام عيناً أو تعويضاً طبقاً للقواعد العامة . ويجوز له كذلك ، إذا امتنع التاجر عن تنفيذ التزامه المعدل ، أن يطلب فسخ العقد مع التعويض .

ويلاحظ فى حالتى إنقاص الالتزام المهرق وزيادة الالتزام المقابل أن القاضى لا يرد الالتزام إلى الحد المعقول إلا بالنسبة إلى الحاضر ، ولا شأن له بالمستقبل لأنه غير معروف . فقد يزول أثر الحادث الطارىء ، فيرجع العقد إلى ما كان عليه قبل التعديل ، وتعود قوته الملزمة كاملة كما كان فى الأصل (١) .

وإذا جاز للقاضى أن يقف تنفيذ الالتزام المهرق أو ينقص منه أو يزيد فى الالتزام المقابل ، فإنه لا يجوز له فسخ العقد . ذلك أن النص لا يجعل له إلا أن «يرد الالتزام المهرق إلى الحد المعقول» . فالالتزام المهرق يبقى ولا ينقضى ، ولكن يرد إلى الحد المعقول . فتتوزع بذلك تبعه الحادث الطارىء بين المدين والدائن ، ولا يتحملها الدائن وحده بفسخ العقد ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (٢) . أما القانون البولونى فقد أجاز للقاضى فسخ العقد إذا رأى ضرورة لذلك ، كما يتبين من نص المادة ٢٦٩ من هذا القانون وقد مر ذكرها . وبالعالم القانون الإيطالى المسألة بطريقة أخرى . فهو يقضى — كما

(١) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦ ص ٥٥٨ .

(٢) وقد قيل فى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ «إن أساس النظرية هو نزعية من الحائنين ، وليس إخلاء أيهما من التزامه ، بل يتحمل كل منهما شيئاً من الحسارة ، لا أن يتحملها أحدهما بإبطال العقد» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٤ — وأنظر أيضاً فقرة ٤١٤ فى الهامش) .

وأينا من نص المادة ١٤٦٧ من هذا القانون - بفسخ العقد لمصلحة المدين المرهق، ولكن يجعل للمتعاقد الآخر الحق في أن يدرأ طلب النسخ بأن يعرض تعديلاً لشروط العقد بما يتفق مع العدالة. وقد أراد القانون الإيطالي بالطريقة التي اختارها أن يجعل تعديل العقد من عمل المتعاقد لا من عمل القاضي، ولكنه يفرض عليه هذا التعديل عن طريق تهديده بفسخ العقد (١).

ويبقى أن نلاحظ في شأن الجزاء الذي قرره القانون المصري الجديد لنظرية الظروف الطارئة أمرين: (١) هو أنه مع مرونته يعتبر من النظام العام. فلا يجوز للمتعاقد أن يتفقا مقدماً على ما يخالفه. وقد صرح النص بهذا الحكم إذ قال: «ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك» (٢). (٢) أن مهمة

(١) والجزاء الذي جملة القانون المصري الجديد لنظرية الظروف الطارئة - وهو رد الالتزام المرهق إلى الحد المقبول - هو كما نراه جزء من ييسر على القاضي أن يصلح كل حالة بحسب ظروفها الخاصة مع الموازنة بين مصلحة الطرفين. ولم يجعل القانون معيار النظرية ذاتياً بل جعله معياراً موضوعياً يعد من تحكم القاضي. وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي: «وإذا كانت نظرية الطوارئ غير المتوقعة تستجيب لحالة ملحة تقتضيها العدالة، فهي تستهدف للحد باعتبارها مدخلاً لتحكم القاضي. بيد أن المشروع قد جهد في أن يكفل لها نصيباً من الاستقرار، فأضفى عليها صفة مادية يتجلى أثرها في تحديد الطوارئ غير المتوقعة وفي أعمال الجزاء الذي يترتب على قيامه. فلم يترك أمر هذا الطارئ للقضاء بقدره تقدير ذاتياً أو شخصياً، كما فعل القانون البولوني في نصه على إثبات خیار المحكمة في هذا الصدد إذا رأت ضرورة لذلك، بل اتخذ المشروع من عبارة «إن اقتضت العدالة ذلك»، (وقد استبدل بها في لجنة المراجعة عبارة «تبعاً للظروف» وهي لا تقل في الموضوعية) بديلاً من هذا النص. وهي عبارة تحمل في ثناياها معنى الإشارة إلى توجيه موضوعي الرزعة. وفضلاً عن ذلك فإذا ثبت القاضي من قيام الطارئ غير المتوقع، وعهد إلى أعمال الجزاء بإتمام الالتزام الذي أصبح يحاوز السعة، فهو ينقص منه إلى «الحد المقبول»، وهذا قيد آخر مادي الصفة لا نظرية في التقنين البولوني» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٨٠ - ٢٨١).

(٢) وقد اقترحت هذه الإضافة في لجنة المراجعة، وروعي في إثباتها أن الجزاء قد يحدو سوريا لقيمة له إذا سمح للمتعاقد أن يتفقا مقدماً على ما يخالفه، فيستطيع المتعاقد القوي أن على شرط المخالفة دائماً على المتعاقد الضعيف، وهذا ضرب من الإذعان تفاداه القانون الجديد بهذا النص (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٨٢). وإذا كان القانون الجديد قد أباح الاتفاق على أن يتحمل المدين ثمة القوة القاهرة (م ٢١٧ فقرة أولى) ولم يسمح للاتفاق على أن يتحمل المدين ثمة الحادث الطارئ. وهو أقل خطراً من القوة القاهرة، وذلك لأن الاتفاق على تحمل المدين ثمة القوة القاهرة إنما هو ضرب من التأمين لا يقدم المدين عليه مضطراً، أما الاتفاق على تحمل المدين ثمة الحادث الطارئ فغامرة قد تهون حالة الاضطرار الإقدام عليها. =

القاضي في توقيع هذا الجزاء المرن تختلف عن مهمته المألوفة . فهو لا يقتصر على تفسير العقد . بل يجاوز ذلك إلى تعديله (١) .

٤٢٢ - تطبيقات تسريعية لنظرية الظروف الطارئة في القانون الجديد :

ولم يقتصر القانون الجديد على إيراد نص عام يقرر فيه نظرية الظروف الطارئة ، بل أورد إلى جانب هذا النص العام نصوصاً أخرى تطبق النظرية في حالات خاصة .

ومن هذه النصوص نصان لم يستحدثهما القانون الجديد ، بل كان القانون القديم يشتمل عليهما ، نص في نظرة الميسرة (٢) ، والآخر في جواز تخفيض أجر الوكيل (٣) .

واستحدث القانون الجديد نصوصاً أخرى ، سبقت الإشارة إليها ، وهي تطبيقات صريحة لنظرية الظروف الطارئة . من ذلك ما نراه في عقد الإيجار (٤) ،

== هذا ويجوز للدين المرحق ، بعد وقوع الحادث الطارئ ، أن يتفق مع دائئه على ما يخالف هذا الجزاء ، إذ الاتفاق عندئذ لا يحاط بشبهة الضغط على الدين . فيجوز للدين إذن أن ينزل عن حقه في التمسك بالحادث الطارئ ، وأن يتعهد بوفاء التزامه كاملاً غير منقوص . (١) وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي : « وراعى أخيراً أن تطبق نظرية الطوارئ غير المتوقفة ونظرية الاستغلال يخرج بالقاضي من حدود المألوف في رسالته ، فهو لا يقتصر على تفسير التعاقد ، بل يجاوز ذلك إلى تعديله » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢) .

(٢) تنص المادة ٣٤٦ فقرة ٢ من القانون الجديد على أنه « يجوز للقاضي في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم » . وهذا النص قد يكون في بعض صوره تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة إذا وقف القاضي تنفيذ العقد لحادث طارئ ، وقد مررت الإشارة إلى ذلك .

(٣) تنص المادة ٧٠٩ فقرة ٢ من القانون الجديد على أنه « إذا اتفق على أجر للوكالة ، كان هذا الأجر خاصاً لتقدير القاضي » . وهنا أيضاً قد يكون هذا النص في بعض صوره تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة إذا جد بعد إبرام الوكالة حادث طارئ يبرر تخفيض أجر الوكيل أو زيادته .

(٤) تنص المادة ٦٠٨ من القانون الجديد على أنه « إذا كان الإيجار معين المدة ، جاز لسكن من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انتهاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقاً ، على أن يراعى من يطلب إنهاء العقد مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة بالمادة ٥٦٣ ، وعلى أن يعرض الطرف الآخر تمويصاً عادلاً » . وتنص المادة ٦٠٩ على أنه « يجوز للموظف أو المستخدم إذا ==

وفي عقد المفاولة (١) ، وفي حق الارتفاق (٢) .

وهذه الحالات الخاصة يجب أن تخضع للنصوص التشريعية التي وردت في شأنها ، حتى لو خرجت هذه النصوص على القواعد المقررة في نظرية الظروف الطارئة . من ذلك أنه لا يشترط في أكثر هذه الحالات أن يكون الحادث الطارئ حادثاً عاماً . بل يجوز أن يكون حادثاً شخصياً . ومن ذلك أيضاً أن الجزاء في أكثر هذه الحالات قد يصل إلى حد فسخ العقد .

٤٢٣- سريانه الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من ميثاق الزمالة : وقد رأينا فيما قدمناه أن القانون القديم لم يكن يشتمل على نص في نظرية الحوادث

= اقتضى عمله أن يغير على إقامته أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه إذا كان هذا الإيجار معين المدة ، على أن يراعى المواعيد المبينة في المادة ٥٦٣ ، ويقع باطلا كل اتفاق على غير ذلك . وتسمى المادة ٦٠١ على أنه : إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موثرهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم ، أو أصبح الإيجار مجاوزاً حدود حاجتهم . وفي هذه الحالة يجب أن تراعى مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة في المادة ٥٦٣ وأن يكون طلب إنهاء العقد في مدة ستة أشهر على الأكثر من موت المستأجر . أنظر أيضاً م ٦١٦ فقرة ٢ في إيجار الأراضي الزراعية — ولاحظ أن الحوادث الطارئة في هذه الحالات جميعها هي حوادث شخصية لا عامة .

(١) تنص المادة ٦٥٨ فقرة ٤ من القانون الجديد على أنه : إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والفاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد ، وتناعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي للعقد المفاولة ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد . — ولاحظ هنا أن الحادث الطارئ هو حادث استثنائي عام ، كما تضمنت بنك نظرية الحوادث الطارئة ، ولكن النص أجاز للقاضي فسخ العقد على خلاف ما تضمنه هذه النظرية .

(٢) تنص المادة ١٠٢٣ فقرة ٢ من القانون الجديد على أنه : إذا كان الموضع الذي عين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق قد أصبح من شأنه أن يزيد في عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات في العقار المرغى به ، فذلك هذا انقار أن يطلب هل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار ، أو إلى عقار آخر ملكه هو أو يملكه أجنبي إذا قبل الأجنبي ذلك . كل هذا متى كان استعمال الارتفاق في وضعه الجديد ميسوراً لملك العقار المرغى بالقدرة الذي كان ميسوراً به في وضعه السابق . وتنص المادة ١٠٢٩ على أن : ملك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا قد الارتفاق كل منفعة للعقار المرغى به أو لم تبقى له غير فائدة محدودة لا تتناسب ألبنة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به . أنظر أيضاً المادتين ١٠٢٤ و ١٠٢٥ — وهنا الحادث الطارئ هو حادث شخصي لا حادث عام .

الطارئة ، وأن القانون الجديد هو الذى استحدث هذا النص . ولما كان النص جديداً . وجب البحث عن مدى سريانه من حيث الزمان لأهمية ذلك من الناحية العملية . ونميز في هذا الصدد بين أحوال ثلاث :

الحالة الأولى - عقد أبرم وينتهى تنفيذه قبل نفاذ القانون الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) : لا شك في أن القانون القديم هو الذى يسرى على هذا العقد . فلا تطبق نظرية الظروف الطارئة في شأنه . وهذا ما كان القضاء يجرى عليه في ظل القانون القديم .

الحالة الثانية - عقد أبرم بعد نفاذ القانون الجديد : لا شك هنا أيضاً في أن القانون الجديد هو الذى يسرى . وتطبق في شأن هذا العقد نظرية الحوادث الطارئة على النحو الذى فصلناه .

الحالة الثالثة - عقد أبرم قبل نفاذ القانون الجديد وتراخى تنفيذه إلى ما بعد نفاذ هذا القانون : كانت قاعدة استمرار القانون القديم (survie de la loi ancienne) تقضى بسريان القانون القديم على هذا العقد ، فلا يكون هناك محل لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة (١) . ولكن لما كانت أحكام هذه النظرية تعتبر من النظام العام كما قدمنا ، فإنها تسرى بأثر فوري (effet immédiat) على وقائع التنفيذ التى تستجد منذ نفاذ القانون الجديد ، ولا تسرى بأثر رجعى (effet rétro-actif) على وقائع التنفيذ التى تمت قبل نفاذ هذا القانون (٢) .

(١) والأصل أن المقدم يحكمه القانون الذى انقضى في ظله ، سواء من حيث تكوينه أو من حيث آثاره أو من حيث اهتصاصه ، حتى أنه لو تكون المقدم في ظل قانون معين ، ثم أنتج أثره أو اقتصى في ظل قانون آخر ، ففانون المقدم هو القانون الأول ، ويستبعد القانون الجديد في تطبيقه الرجعى (rétroactif) وفي تطبيقه الفوري (immédiat) على السواء (أنظر روبييه (Roubier) في تنازع القوانين من حيث الزمان ١ ص ٥٦٥ - وأنظر في سريان التفسير الجديد على العقود الزمنية أو عقود المدة رسالة الدكتور عبد الحى حجازى في عقد المدة ص ١٤٣ - ص ١٤٧) .

(٢) القاعدة أنه إذا كان القانون الجديد معتبراً من النظام العام ، طبق بأثر فوري - لا بأثر رجعى - على الحوادث التى تستجد من وقت سريان هذا القانون . مثل ذلك أن يمدل قانون جديد من السعر الاتفاقى للقائدة ، فيسرى السعر الجديد حتى على العقود التى أبرمت قبل سريان القانون الجديد ، ولكن بالنسبة إلى الفوائد التى تستحق منذ سريان هذا القانون . أما الفوائد التى استحققت قبل ذلك ، فلا يسرى عليها القانون الجديد بأثر رجعى (أنظر في هذا المعنى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد تخفيض السعر الاتفاقى من =

المبحث الثاني

المسئولية العقدية (جزاء العقد) (*)

(La Responsabilité Contractuelle)

٤٢٤ - نظام المسؤولية العقدية^(١) : المسئولية العقدية تقابل المسئولية

التقصيرية . فالأولى جزاء العقد . والثانية جزاء العمل غير المشروع . وبعيننا هنا المسئولية العقدية . أما المسئولية التقصيرية فستكون محل البحث عند الانتقال إلى العمل غير المشروع كمصدر للالتزام .

= ٠.٨ إلى ٠.٧ : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٥٨٤ - وأنظر عكس ذلك محكمة النفس الفرنسية في ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٢ جازيت دي بايه في ٢ مارس سنة ١٩٤٣ وقد أشير إلى هذا الحكم في رسالة الدكتور عبد الحمى حجازي (١٤٧) .
(*) مضى المراجع : مازو في المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية - سادانيه في المسئولية

المدنية - بنكاز (ملحق بودري) جزء ٢٠ - ديموج في الالتزامات جزء ٦ - بلانول وريبير وإسمان جزء ١ - بنوايه مذكرات لقسم الدكتوراه - هنري مازو مذكرات لقسم الدكتوراه - جرانغولان رسالة من رن سنة ١٨٩٢ - مينييه (Maynié) رسالة من ليل سنة ١٩٢٤ - فان رين (Van Ryn) رسالة من بروكل سنة ١٩٣٣ - ماري مادلين ديفور (Marie - Mad. Dufort) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ - رينولت (Renault) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ - أميو (Amioù) رسالة من باريس غير مطبوعة سنة ١٩٤٥ - رابوت (Rabut) رسالة من باريس غير مطبوعة سنة ١٩٤٦ - ليففر (Lefebvre) مقال في المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٦ - إميلييكه (Emile Becqué) مقال في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩١٤ من ٢٥١ - ٣٢٠ - كروزيل (Crouzel) مقال في المجلة العامة سنة ١٩٢٦ من ١١ وس ٦٥ - هنري مازو مقال في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٢٩ من ٥٥١ - إسمان مقال في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٣٣ من ٦٢٧ وما بعدها - فيني (Vigny) مقال في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٣٥ من ٤٢ وما بعدها - بوندكس (Beindix) مقال في المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٩ من ٦٥٧ - جاردنيا (Gardenat) تعليق في الأسبوع القانوني (Sem. Jur.) ١٩٣٩ - ١ - ١٠٢ - تونك (Tunc) مقال في مجلة القانون المدني الفصلية سنة ١٩٤٥ من ٢٣٥ وما بعدها - صديب ساي باشا مقال في المجلة سنة ١٢ عدد ٩ - نصيف زكي بك مقال في المجلة سنة ١٣ عدد ٢ - نظرية المقد للؤلف فقرة ٨٤٨ وما بعدها - الدكتور حلمي بهجت بدوي بك فقرة ٢٨٦ وما بعدها - الدكتور احمد شحات أبو ستيت بك فقرة ٣٦١ وما بعدها .

(١) سنحدد بالتفصيل نطاق المسئولية العقدية عند مقابلتها بالمسئولية التقصيرية (أنظر مايلي فقرة ٥١٣) .

وقيام المسؤولية العقدية يفترض أن هناك عقداً صحيحاً واجب التنفيذ لم يقم المدين بتنفيذه . ففي هذه الحالة تقول الفقرة الأولى من المادة ١٩٩ : «ينفذ الالتزام جبراً على المدين» . وتقول الفقرة الأولى من المادة ٢٠٣ : «يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً» . فإذا أمكن التنفيذ العيني - وطلبه الدائن - أجبر المدين عليه . وإلى هنا لا تقوم المسؤولية العقدية ، إذ نحن في صدد التنفيذ العيني للالتزام لا في صدد التعويض عن عدم تنفيذه . أما إذا لم يمكن التنفيذ العيني - أو أمكن ولكن الدائن طلب التعويض ولم يبد المدين استعداداً للتنفيذ العيني - ففي هذه الحالة لا يسع القاضى إلا أن يحكم بالتعويض إذا توافرت شروطه ، جزاء عدم تنفيذ الالتزام . وهنا تقوم المسؤولية العقدية . فالدائن يطالب المدين بالتعويض . فعلى القاضى أن يبحث هل المدين مسئول حقاً عن عدم تنفيذ التزامه العقدى . ونجيب المادة ٢١٥ - وهى نص جوهرى فى كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ومن ثم وضعت فى الباب المعقود لآثار الالتزام - بأنه «إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينياً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه» . فإما إذا كان الأركان التى تقوم عليها المسؤولية العقدية ؟ وما هى الآثار التى تترتب عليها إذا قامت أركانها ؟ هذه هى فى إيجاز المسائل التى تشمل عليها المسؤولية العقدية .

ويتبين مما تقدم أن المسؤولية العقدية لا شأن لها بالتنفيذ العيني للالتزام العقدى (١) . وهى أيضاً لا تتحقق إذا أثبت المدين أن الالتزام قد استحال تنفيذه بسبب أجنبى . وإنما تتحقق المسؤولية العقدية إذا لم ينفذ المدين التزامه العقدى تنفيذاً عينياً ولم يستطع أن يثبت أن التنفيذ قد استحال بسبب أجنبى .

٤٢٥ - تسف مسائل المسؤولية العقدية - فطمة البحت : ومسائل

المسؤولية العقدية على النحو الذى بسطناه موزعة فى أمكنة متفرقة ونحن فلم شتاها هنا . ولكننا مع ذلك نترك الكلام فى التمييز بينها وبين المسؤولية

(١) ويترب على ذلك ألا قيام للمسؤولية العقدية إذا كان عمل الالتزام العقدى هو دفع مبلغ من النقود ، فالنفيذ العيني هنا ممكن دائماً ، ولا عمل للمسؤولية العقدية (بلانول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٦٨٧) .

التقصيرية . وهل تعدد المسئولتين . وهل تجوز الخبرة بينهما إذا تعددتا . إلى باب العمل غير المشروع . ونترك كذلك الكلام في تقدير التعويض تقدير أفضائياً أو اتفاقياً أو قانونياً . وما يسبق استحقاق التعويض من إعدار ، إلى الجزء الذى نتناول فيه الكلام في آثار الالتزام (١) .

ويبقى بعد ذلك من مسائل المسئولية العقدية أركانها وآثارها كما قدمنا . ولكننا - توخياً للإيجاز - سندمج آثار المسئولية العقدية في أركانها ، على خلاف الخطة التى سننبعها في المسئولية التقصيرية إذ يقتضى المقام هناك الإسهاب والتبسط .

وأركان المسئولية العقدية - كأركان المسئولية التقصيرية - ثلاثة : (١) الخطأ العقدى . (٢) الضرر . (٣) علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر . ونبحثها الآن ركناً ركناً .

المطلب الأول

الخطأ العقدى

(La faute contractuelle)

٤٢٦ - مسائل مهمات : الأصل أن يكون المدين مسئولاً عن خطأه

الشخصى . ولكنه قد يكون مسئولاً عن عمل الغير أو عن الأشياء التى فى حراسته ، كما هو الأمر في المسئولية التقصيرية . وقد تعدل قواعد المسئولية العقدية بالاتفاق أو عن طريق التأمين .

فتنح نبحت إذن مسائل ثلاثاً : (١) الخطأ العقدى في مسئولية المدين عن عمله الشخصى . (٢) المسئولية عن الغير أو عن الأشياء . (٣) تعديل قواعد المسئولية العقدية بالاتفاق أو عن طريق التأمين .

(٢) وننبه إلى أن كثيراً من أحكام المسئولية التقصيرية تسرى على المسئولية العقدية . ونستطيع أن نقرر بوجه عام أن كل ما سيقال في المسئولية التقصيرية ينطبق على المسئولية العقدية إلا إذا تعارض مع القواعد الخاصة التى قررناها في المسئولية العقدية . فمن المسائل التى تتحد فيها أحكام هذين النوعين من المسئولية : علاقة السببية والسبب الأجنبى - السبب المنتج والسبب المباشر - دعوى المسئولية - تدبير الضرر - التأمين من المسئولية ألغ ألغ .

١٥ - الخطأ العقدي في مسئولية المدين عن عمله الشخصي

٤٢٧ - **ما هو الخطأ العقدي** : نبادر إلى القول بأن الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد . فالمدين قد التزم بالعقد . فيجب عليه تنفيذ التزامه . والنصوص كثيرة في هذا المعنى . تقول المادة ١٤٧ فترة أولى : « العقد شريعة المتعاقدين » . وتقول المادة ١٤٨ فقرة أولى : « يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه » . وتقول المادة ١٩٩ فقرة أولى : « ينفذ الالتزام جبراً على المدين » . وتقول المادة ٢٠٣ فقرة أولى : « يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً » . وتقول المادة ٢١٥ : « إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه » .

فإذا لم يقم المدين في العقد بالتزامه كان هذا هو الخطأ العقدي . ويستوى في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن عمد . أو عن إهماله . أو عن فعله (أى دون عمد أو إهمال) . بل إن الخطأ العقدي يتحقق حتى لو كان عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن سبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة . ولكن يلاحظ في هذه الحالة الأخيرة أنه إذا تحقق الخطأ العقدي ، فإن علاقة السببية - وهى ركن في المسئولية العقدية - تنعدم ، ولا تتحقق المسئولية على ما سنرى . وعلى هذا الوجه ينبغي فهم المادة ٣٧٣ ، وهى تنص على أنه « ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه » . فانقضاء الالتزام هنا إنما يكون نتيجة لاستحالة تنفيذه عيناً ولعدم تحقق المسئولية العقدية بانعدام أحد أركانها .

ويتبين مما قدمناه أن الخطأ العقدي ليس هو إلا عدم قيام المدين بالتزامه الناشئ عن العقد ، أيا كان السبب في ذلك .

٤٢٨ - أنواعه من الالتزامات : الالتزام بتعويض غاية والالتزام

ببذل عناية : ولكن يجب في هذا الصدد أن نميز بين نوعين من الالتزامات . فهناك التزام بتنفيذه لا يكون إلا بتحقيق غاية معينة هى محل الالتزام .

فالالتزام ينقل حق عيني - أيا كان محل الحق - والالتزام بعمل معين - تسليم عين أو إقامة مبنى أو نحو ذلك - والالتزام بالامتناع عن مل معين، كل هذه الالتزامات يقصد بها تحقيق غاية معينة . هي نقل الحق أو القيام بالعمل أو الامتناع عن العمل . فتفنيدها لا يكون إلا بتحقيق هذه الغاية . فإذا لم تتحقق الغاية - أيا كان السبب في ذلك - بقي الالتزام غير منفذ . وقد اصطلح على تسمية هذا النوع من الالتزام في النسخة الفرنسية بعبارة (obligation de résultat) . ونسميه نحن «الالتزام بتحقيق غاية» .

وهناك التزام لا يرمى إلى تحقيق غاية معينة ، بل هو التزام يبذل الجهد للوصول إلى غرض ، تحقق الغرض أو لم يتحقق . فهو إذن التزام بعمل ، ولكنه عمل لا تضمن نتيجته . والمهم فيه أن يبذل المدين لتفنيده مقدراً معيناً من العناية . والأصل أن يكون هذا المقدار هو العناية التي يبذلها الشخص العادى ، ويزيد هذا المقدار أو ينقص تبعاً لما ينص عليه القانون أو يقضى به الاتفاق . ففى بذل المدين العناية المطلوبة منه ، يكون قد نفذ التزامه ، حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود . فالمستأجر يجب عليه أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذل الشخص المعتاد (م ٥٨٣ فقرة أولى) . وعلى المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م ٦٤١ فقرة أولى) . وإذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد ، أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد (م ٧٢٠) . وإذا كانت الوكالة بلا أجر وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد ، فإن كانت الوكالة بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائماً في تنفيذها عناية الرجل المعتاد (م ٧٠٤) . وقد عرضت المادة ٢١١ لهذا النوع من الالتزام في عومه ، فنسبت على ما يأتى :

١ - في الالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه ، فإن

المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى . وأولم يتحقق الغرض المقصود . هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غيره . ٢ - وفى كل حال يبقى المدين مسئولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم (١) . وقد اصطلاح على تسمية هذا النوع من الالتزام فى الفقه الفرنسى

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٨٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ - فى الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء ، أو أن يقوم بإدارته ، أو كان مطلوباً منه أن يتوخى الحيلة فى تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود - ٢ - ومع ذلك يكون المدين قد وفى بالالتزام إذا هو بذل فى تنفيذه من العناية ما يبذله فى شؤونه الخاصة ، متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قصداً ذلك . وفى كل حال يبقى المدين مسئولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم » . وفى لجنة المراجعة أضيفت العبارة الآتية فى آخر الفقرة الأولى : « هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك » ، وحذف صدر الفقرة التالية اكفاء بهذه الإضافة ، وأدخلت بعض تحويرات لفظية ، فأصبح النص مطابقاً لما ورد فى لقانون الجديد ، وأصبح رقمه المادة ٢١٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . ثم وافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وأصبح رقمه ٢١١ . ووافق عليه مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣١ - ص ٥٣٤) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ترد المادة ٢٨٨ صور الالتزام بعمل إلى طائفتين جامعتين . تنظم أولاهما ما يوجب على الملتزم المحافظة على الشيء ، أو إدارته أو توخى الحيلة فى تنفيذ ما التزم الوفاء به ، وبعبارة أخرى ما يتصل بالالتزام فيه بسلوك الملتزم وعنايته . أما الثانية فيدخل فيها ما عدا ذلك من صور العمل ، كالالتزام بإصلاح آلة . وتقتصر المادة ٢٨٨ على حكم الطائفة الأولى ، فتحدد مدى العناية التى يتعين على المدين أن يبذلها فى تنفيذ الالتزام . والأصل فى هذه العناية أن تكون مماثلة لما يبذل الشخص المعتاد ، فهى بهذه المثابة وسط بين المراتب ، يناط بالمألوف فى عناية سواد الناس بشؤونهم الخاصة . وعلى هذا النحو يكون معيار التقدير معياراً عاماً مجرداً ، فليس يطلب من المدين إلا التزام درجة وسطى من العناية ، أيا كان مبلغ تشدده أو اعتداله أو تساهله فى العناية بشؤون نفسه . على أن نية المتعاقدين قد تنصرف إلى العدول عن هذا المعيار العام المجرد إلى معيار خاص معين . ومن ذلك ما يقع فى الوكالة والوديعة غير المجورة . فغالباً ما يستخلص من الظروف أن العناية التى يقصد اقتضاؤها من الوكيل أو الوديع هى عناية كل منها بشؤونه الخاصة ، دون أن تتجاوز فى ذلك درجة العناية الوسطى . وعلى تقيض ذلك يقصد فى عارية الاستعمال عادة إلى إلزام المدين - يذل ما يبذل من العناية فى شؤونه الخاصة ، على ألا يقصر فى ذلك عن درجة العناية الوسطى . ومتى تفررت درجة العناية الواجب اقتضاؤها من المدين ، اعتبر كل تقصير فى بذل هذه العناية ، مهما يكن طفيفاً ، خطأ يترتب مسئولية المدين . ومهما يكن من أمر فن السلم أن المدين يسأل على وجه الدوام عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم ، سواء أكان معيار العناية الواجبة معياراً عاماً مجرداً أم خاصاً معيناً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٢ - ص ٥٣٣) .

بعبارة (obligation de moyen) أو بعبارة (obligation générale de prudence et diligence) ونسميه نحن « الالتزام ببذل عناية (١) » .

فإذا قلنا بعد ذلك إن الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد . وجب أن نميز في هذا الصدد بين هذين النوعين من الالتزام . فالالتزام بتحقيق غاية يكون الخطأ العقدي فيه هو عدم تحقيق هذه الغاية (٢) . والالتزام ببذل عناية يكون الخطأ العقدي فيه هو عدم بذل العناية المطلوبة (٣) .

٤٢٩ — إثبات الخطأ العقدي : والأصل أن الدائن هو المكلف بإثبات

الدين ، والمدين هو المكلف بإثبات التخلص منه (م ٣٨٩) . ولكن مجال

(١) وهذا التمييز لا يقتصر على الالتزامات العقدية . فالالتزام بعدم الإضرار بالغير ، وهو التزام قانوني ، التزام ببذل عناية . والالتزام بعدم الإضرار على حساب الغير ، وهو أيضاً التزام قانوني ، التزام بغاية .

(٢) أنظر مازو ١ فقرة ٦٦٩ — ٢ والمحاشي والمراجع المشار إليها في هذه الفقرة . وعند مازو يكون خطأ عقدياً في الالتزام غاية ألا ينفذ المدين الترامه عمداً أو بإهماله أو بفعله . فلا توجد منطقة بين الإهمال والسبب الأجنبي هي انعدام الخطأ (absence de faute) ، وما لم يوجد سبب أجنبي فالخطأ العقدي قائم ليطغى منطقة الإهمال ومنطقة انعدام الخطأ معاً . وما يقوله الأستاذان صحيح ، بل صحيح أيضاً أن الخطأ العقدي يكون قائماً حتى مع وجود السبب الأجنبي ، فالسبب الأجنبي لا يفتي الخطأ بل يفتي علاقة السببية كما هو معروف . (أنظر الدكتور سايمان مرقس في الأسباب القانونية للاعفاء من المسؤولية المدنية ص ٩٣ — ص ٩٦) — ويقول مازو إن معيار الخطأ العقدي في الالتزام بتحقيق غاية هو بعينه معيار الخطأ التقصيري ، فعدم تحقيق الغاية المتفق عليها يعد انحرافاً عن السلوك المألوف للرجل المعتاد ، وسري أن هذا هو أيضاً معيار الخطأ التقصيري (مازو ١ فقرة ٦٧٣ — ٢) .

(٣) وقد سجلت محكمة استئناف الإسكندرية الوضعية هذا المذهب في حكم حديث لها جاء فيه ما يأتي : « إن الخطأ في المسؤولية التعاقدية هو بذاته واقعة الإخلال التي يتكون منها وينحصر فيها عدم تنفيذ الالتزام ، وذلك طالما لم يثبت للملتزم قيام السبب الخارجي الذي يدعى به . وفي هذه الحالة يتبين أن تلك الواقعة وحدها هي كل ما ينبغي على طالب التعويض إثباته ، وأنه متى قام بإثباتها فإنه يكون قد أثبت الخطأ الذي نرى عليه مسؤولية الملتزم . أما ما يتحقق به وجود الإخلال بالالتزام حتى يمكن القول بنبوته ، فإنه بالنسبة للالتزام بغاية — ومثله كما هو مقرر فيها الالتزام الضمني في عقد النقل بسلامة الراكب في أثنائه — ينحصر في مجرد فعل الإخلال ذاته أي عدم تنفيذ ما التزم به الملتزم ، دون نظر إلى ما قد يدعى بأنه قد بذله من جهد أو عناية أو احتياط لتحقيق الغاية التي تمهد بها ، لأن هذا إنما يكون بالنسبة للالتزام بوسيلة حيث يقوم ثبوت الإخلال به على ما بين من سلوك الملتزم ومطابقته لما يسلكه الرجل الحرص (استئناف الإسكندرية في ٥ فبراير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٠ رقم ٢٧٦ ص ٥٠١) .

تطبيق هذه القاعدة يكون عند ما يطالب الدائن المدين بتنفيذ التزامه عيناً . فعلى الدائن في هذه الحالة أن يثبت مصدر الالتزام (العقد مثلاً) . فإذا ادعى المدين أنه نفذه فعليه هو أن يثبت ذلك . وإلا حكم عليه بالتنفيذ العيني . أما في إثبات الخطأ العقدي فالأمر مختلف : الدائن لا يطالب المدين بتنفيذ الالتزام عيناً ، بل يطالبه بتعويض لعدم تنفيذ الالتزام . فالدائن هو الذي يدعى أن المدين لم ينفذ التزامه ومن أجل ذلك يطالبه بالتعويض . فعلى الدائن إذن يقع عبء إثبات أن المدين لم ينفذ التزامه (١) . فإذا أثبت ذلك كان هذا إثباتاً للخطأ العقدي على النحو الذي أسلفناه . ولما كان على الدائن أيضاً أن يثبت الضرر ، وكانت علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر مفروضة كما سئرى . فإن الدائن متى أثبت عدم تنفيذ الالتزام وأثبت الضرر الذي أصابه يكون قد اضطلع بما يقع على عاتقه من إثبات . فاستحق التعويض . وهذا ما لم ينف المدين السببية المفروضة بإثبات السبب الأجنبي .

ونطبق هذه القواعد على الالتزام بغاية والالتزام بعناية .

ففي الالتزام بغاية ، كالالتزام البائع بنقل ملكية المبيع . يثبت الدائن — وهو هنا المشتري — عقد البيع وعدم انتقال ملكية المبيع إليه . فيثبت بذلك في جانب البائع خطأ عقدياً ، لا يستطيع هذا أن ينفيه بإثبات أنه بذل كل ما في وسعه لنقل ملكية المبيع إلى المشتري فلم يستطع . لأنه ملزم بتحقيق غاية . وليس أمامه إلا أن يثبت السبب الأجنبي لنفي علاقة السببية ، وإلا فالخطأ ثابت في جانبه ومسئوليته العقدية متحققة . ولا نقول هنا — كما كان يقال عادة — إن عدم تنفيذ البائع لالتزامه يجعل الخطأ العقدي مفروضاً في جانبه ، بل نقول إن عدم تنفيذ الالتزام هو بعينه الخطأ العقدي ، وقد أثبتته الدائن ، فليس هو بالخطأ المفروض في جانب المدين ، بل هو خطأ ثابت (٢) . وللبيع ، عند ما يثبت المشتري عقد البيع ، ألا يقف موقفاً سلبياً ويترك المشتري يثبت الخطأ العقدي على النحو الذي بيناه ، بل يقف موقفاً إيجابياً ويثبت أنه قد قام بتنفيذ التزامه عيناً ونقل ملكية المبيع إلى المشتري فلا محل إذن لمطالبته بالتعويض ، فنخرج بذلك من نطاق المسؤولية العقدية إلى نطاق التنفيذ العيني .

(١) مازو ١٠ فقرة ٦٦٤ والمراجع المشار إليها في هذه الفقرة .

(٢) مازو ١٠ فقرة ٦٦٢ — ٢ ص ٦٦٩ — ص ٦٢٠ .

وفى الالتزام بعناية . كالإلزام الطبيب بعلاج المريض (١) ، ثبت المريض أن الطبيب التزم بعلاجه وهذا هو العقد الصريح أو الضمني — ويثبت إلى جانب ذلك أن الطبيب لم ينفذ التزامه فلم يبدل في علاجه العناية المطلوبة . بأن يثبت على الطبيب إهمالاً معيناً أو انحرافاً عن أصول الصنعة . فإذا أثبت ذلك كان هذا إثباتاً لخطأ الطبيب العقدي . وما على المريض بعد ذلك إلا أن يثبت الضرر ليستحق التعويض ، ما لم يثبت الطبيب أن عدم تنفيذه لالتزامه وقعوده عن بذل العناية المطلوبة إنما يرجع إلى سبب أجنبي . فتتعدى علاقة السببية ، ولا تتحقق المسؤولية العقدية . وللطبيب هنا أيضاً ، عندما يثبت المريض العقد ، ألا يقف موقفاً سلبياً ويترك المريض يثبت عليه الخطأ العقدي . بل ينتقل من نطاق المسؤولية العقدية إلى نطاق التنفيذ العيني ، فيثبت أنه قد نفذ التزامه تنفيذاً عينياً وبذل كل العناية المطلوبة منه في علاج المريض (٢) .

(١) التزام الطبيب علاج المريض ليس التزاماً بتحقيق غاية هي شفاء المريض ، بل هو التزام يبدل العناية الواجبة في علاج المريض وفقاً لأصول صنعة الطب .

(٢) أنظر مازو ١ فقرة ٦٦٢ وما بعدها — بلانيول وريير وإسمان ١ فقرة ٣٧٧ — الدكتور سليمان مرقس في الأسباب القانونية للإعفاء من المسؤولية المدنية ص ٨٩ — ص ٩٧ — ومع ذلك فارق بلانيول وريير وبولانجه ٢ فقرة ٦٩٩ — نظرية العقد للؤلؤ فقرة ٨٥١ — الدكتور حلمي بهجت بدوى فقرة ٢٩٦ — فقرة ٣٠٣ وقرة ٣١٨ — فقرة ٣٢١ .

وأصحاب الرأي الآخر يذهبون إلى أن عبء الإثبات يقع على المدعى ، سواء كان ذلك في نطاق التنفيذ العيني أو كان في نطاق المسؤولية العقدية . فالدائن يثبت الالتزام . وعلى المدعى بعد هذا أن يثبت أنه قد قام بتنفيذه . فإن عجز عن ذلك حكم عليه بالتنفيذ العيني أو بالتعويض . غير أنه في الالتزام يبدل عناية ، إذا عجز المدعى عن إثبات أنه قد قام بتنفيذ التزامه ، فالتألب أن التنفيذ العيني يصبح مستحيلاً ، ولا يبقى إلا الحكم بالتعويض . فالمدعى في المسؤولية العقدية هو الذى يقع عليه إذن عبء الإثبات . أما في المسؤولية التقصيرية فالدائن هو الذى يقع عليه عبء إثبات الخطأ التقصيرى . ويبرر ذلك أن الخطأ التقصيرى هو إخلال بالزام قانونى عام بالامتناع عن الإضرار بالغير ، ولما كان هذا الالتزام يترتب في ذمة الناس كافة ، فمن المعقول أن ترض أنه مرعى منفذ حتى يثبت الدائن أن شخصاً بالذات لم ينفذه . أما الخطأ العقدي فهو إخلال بالزام عقدي مترتب في ذمة مدين بالذات ، فعلى هذا المدعى أن يثبت أنه قد قام بتنفيذ التزامه طبقاً للقواعد المقررة في الإثبات ، وإلا ألزم بالتنفيذ العيني أو بالتعويض .

ومهما يكن من أمر هذا الخلاف ، فإن أثره محدود من الناحية العملية . ففي العمل يبدأ الدائن بإثبات الالتزام . ثم هو لا يقف مكتوف اليدين بعد ذلك ، ينتظر حتى يثبت المدعى أنه قد نفذ الالتزام أو حتى يعجز عن هذا الإثبات ، بل هو يبدأ المدعى مقدماً ما عنده من الأدلة على عدم تنفيذ الالتزام . والمدعى من جهته لا ينتظر حتى يفرغ الدائن من تقديم ما عنده من الأدلة ، =

٤٣٠ - نظرية مهجورة - ندرج الخطأ (gradation des fautes) :

وهناك نظرية قديمة مهجورة تقسم الخطأ العقدي غير العمد إلى أقسام ثلاثة : خطأ جسيم (culpa lata) وهو الخطأ الذي لا يرتكبه حتى الشخص المهيمل ، وهو خطأ أقرب ما يكون إلى العمد ويلحق به - خطأ يسير (culpa levis) وهو الخطأ الذي لا يرتكبه شخص معناد - خطأ نافع (culpa levissima) وهو الخطأ الذي لا يرتكبه شخص حازم حريص . وهذه النظرية تقسم أيضاً العقود إلى طوائف ثلاث : عقد لمنفعة الدائن وحده كالوديعة ، وفيه لا يسأل المدين إلا عن الخطأ الجسيم - وعقد لمنفعة المتعاقدين معاً كالإيجار ، وفيه يسأل المدين عن الخطأ اليسير - وعقد لمنفعة المدين وحده ، وفيه يسأل المدين حتى عن الخطأ النافع .

وقد نسبت هذه النظرية خطأ إلى القانون الروماني ، وهي ليست منه ، بل هي من خلق القانون الفرنسي القديم . نرى دوما يرسم خطوطها الرئيسية (١) ، ونراها مبسطة بوضوح عند بونيه (٢) . ولكنها هجرت في القانون الحديث . وهي نظرية متقدمة من ناحيتين : ما تشتمل عليه من العموم ، وما تقول به من التدرج .

أما من ناحية العموم فالنظرية ليست صحيحة ؛ فهي لا محل لتطبيقها في الالتزام بتحقيق غاية . وقد رأينا أن الخطأ العقدي في هذه الطائفة من الالتزامات ليس إلا عدم تنفيذ الالتزام . فإذا لم ينفذ المدين التزامه العقدي ، ولم يحقق الغاية المتفق على تحقيقها ، فهناك خطأ عقدي في جانبه ، أيا كانت درجة تقصيره . فقد يكون متعمداً ألا ينفذ التزامه . وقد يكون مقصراً تقصيراً جسيماً . وقد يكون مقصراً تقصيراً يسيراً . وقد يكون مقصراً تقصيراً نافعاً .

= بل يتقدم بأدلة هو أيضاً ليثبت أنه قد قام بتنفيذ الالتزام . وهكذا يتقدم كل من الدائن والمدين بأدلة ، والقاضي يوازن ما بينهما ، ويحكم لمن ترجح أدلته أدلة الآخر . فإن كان هو الدائن ، حكمه بالتنفيذ العيني أو بالتعويض بعد أن ثبت عنده أن المدين لم ينفذ التزامه . وإن كان هو المدين ، رفض طلب الدائن بعد أن ثبت عنده أن المدين قد قام بتنفيذ الالتزام . (فان مازو ١ ص ٦٥٥ - ص ٦٥٣) .

(١) القوانين المدنية : الكتاب الأول الباب الأول الفرع الثالث الفقرة الرابعة .

(٢) الالتزامات فقرة ١٤٢ .

بل قد لا يكون هناك أى تقصير فى جانبه . فالخطأ العقدى قائم ما دام المدين لم ينفذ التزامه ، وهو مسئول عن خطئه فى جميع هذه الأحوال . وقد ذهبنا إلى أبعد من ذلك ، فقلنا إن المدين قد يتمتع من تنفيذ التزامه سبب أجنبي كالقوة القاهرة ، ومع ذلك يبقى خطؤه العقدى قائماً لأنه لم ينفذ التزامه ، وإن كانت رابطة السببية تنفى بوجود السبب الأجنبي ، فتعتمد المسؤولية لانعدام السببية لانعدام الخطأ ، ومن هنا نرى أن التناقض الذى يستظهره الفقه عادة بين نصين من نصوص القانون المدنى الفرنسى ، هما المادتان ١١٤٧ و ١١٣٧ . تناقض ظاهرى لا حقيقة له . فالمادة ١١٤٧ من هذا القانون تقرر أن المدين مسئول عن تنفيذ التزامه حتى يثبت أنه امتنع عليه ذلك لسبب أجنبي لا يد له فيه . والمادة ١١٣٧ تقضى بأن الالتزام بالعناية فى المحافظة على الشيء يلزم الشخص الموكول إليه ذلك أن يبذل فيه عناية الشخص المعتاد . ولا تناقض ما بين النصين كما قدمنا . فلكل نص نطاق خاص به . فالمادة ١١٤٧ تقرر فى عبارة عامة أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه هو خطأ عقدى . وهذا صحيح . وهو يصدق فى الالتزام بغاية وفى الالتزام بعناية . ويكون المدين مسئولاً عن هذا الخطأ إلا إذا ثبتي علاقة السببية بإثبات السبب الأجنبي . أما المادة ١١٣٧ فهى لا تعرض لشيء مما تعرض له المادة ١١٤٧ ، بل هى تحدد مدى التزام المدين فى الالتزام ببذل عناية ، وتقرر أن العناية المطلوبة هى فى الأصل عناية الرجل المعتاد . فالمادة ١١٤٧ تنطبق إذن على جميع الالتزامات ، سواء ما كان منها التزاماً بغاية أو كان التزاماً بعناية ، وتعرض للمسئولية العقدية فى ركنين من أركانها ، ركن الخطأ وركن السببية . والمادة ١١٣٧ لا تتناول إلا طائفة الالتزام ببذل عناية ، وتتناولها لتحديد المسئولية العقدية ، بل لتحديد مدى الالتزام (١) . وقد أتى القانون المصرى الجديد بتصنيف يقابلان المادتين ١١٤٧ و ١١٣٧ من القانون المدنى الفرنسى (٢) . فالمادة ٢١٥ تقضى بأن المدين يحكم

(١) أنظر مازو ١٠٩٠ - ٦٥٩ - ٦٦١ ، وانظر فى هامش فقرة ٦٥٩ عرساً للآراء المختلفة فى محاولة التوفيق ما بين النصين - الدكتور سليمان مرقس فى الأسباب القانونية للاعفاء من المسئولية المدنية ص ٧٤ - ص ١٠٠ - وقارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٥١ . (٢) أما القانون المصرى القديم فلم يتضمن نصين يقابلان تماماً نصى القانون الفرنسى المتقدم ذكرهما ، وإن كان قد أورد فى بعض نصوصه ما يفيد أن الدين لا يكون مشلولاً عن عدم تنفيذ التزامه إلا إذا كان عدم التنفيذ خطأً منه (أنظر المواد ١١٩/ ١٧٧ و ١٧٨ - ١٧٨ =

عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يدل له فيه ، فهي تقابل المادة ١١٤٧ من القانون المدني الفرنسي . والمادة ٢١١ ، وتقابل المادة ١١٣٧ من القانون المدني الفرنسي ، توجب في الالتزام بعناية أن تكون العناية المبذولة هي عناية الرجل المعتاد ولو لم يتحقق الغرض المقصود . ولا تناقض ما بين هذين النصين ، كما لا تناقض ما بين نصي القانون الفرنسي .

وأما من ناحية التدرج فالنظرية أيضاً ليست صحيحة . فنحن ، حتى إذا قصرنا نظرية تدرج الخطأ على الالتزام بعناية ، لا نبتين أن الخطأ يتدرج من خطأ جسيم إلى خطأ يسير إلى خطأ نافه تبعاً لما إذا كان العقد لمصلحة الدائن وحده أو لمصلحة المتعاقدين معاً أو لمصلحة المدين وحده . وقد هدم القانون المدني الفرنسي في المادة ١١٣٧ التي سبق ذكرها هذه التقسيمات جملة واحدة فقال إن الالتزام بالعناية في المحافظة على الشيء ، سواء كان الغرض من العقد مصلحة أحد المتعاقدين أو مصلحة الاثنين معاً ، يلزم المدين ببذل عناية الرجل المعتاد . فقصى هذا النص على التقسيم في شقيه ، تقسيم العقود إلى طوائف ثلاث وتقسيم الخطأ إلى أنواع ثلاثة . وأوجب في جميع العقود ، كأصل عام ، أن تكون العناية المطلوبة هي عناية الرجل المعتاد . وذلك هو شأن القانون المصري الجديد (١) . فقد جاء واضحاً كل الوضوح في نفي نظرية تدرج الخطأ . والأصل عنده أن العناية المطلوبة هي عناية الرجل المعتاد (م ٢١١) . ولكن يجوز الخروج على هذا الأصل إما بنص القانون وإما بالاتفاق . وقد نص القانون فعلاً في بعض العقود على عناية تزيد أو تقل عن عناية الرجل

(٢٤٠ - ٢٤١) . ولكن الفقه والقضاء في مصر ، في ظل القانون القديم ، كانا يفسران هذه النصوص بما يفسر به المادة ١١٤٧ من القانون المدني الفرنسي ، فكان عدم تنفيذ المدين لالتزامه في المقد يمد خطأً في جانبه (أنظر الدكتور سليمان مرقس في الأسباب القانونية للاعفاء من المسؤولية المدنية ص ١٠٧ - ص ١١٢) .

(١) أما القانون المصري القديم فلم يتضمن نصاً كمنص المادة ١١٣٧ من القانون المدني الفرنسي ، ولكنه كان في العقود المختلفة يطلب تارة عناية الشخص بملكه (مثلاً مادتان ٣٧٦/ ٤٦١ في الإيجار وللمادتان ٤٨٢/ ٩٠ في الوديعة) ، ويطلب طوراً العناية العامة فيعاسب حتى على الخطأ اليسير (مثلاً المواد ٤٦٨ - ٤٦٩/ ٦٩ - ٥٧١ في عارية الاستعمال) ، فلم يكن واضحاً لا في إثبات نظرية تدرج الخطأ ولا في قبحها .

المعتاد كما رأينا فيما تقدم (١). كذلك يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على مقدار من العناية أزيد أو أقل . بل يجوز لها الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية إلا إذا ثبت في جانب المدين غش أو خطأ جسيم (م ٢١٧ فقرة ٢). وسنرى تفصيل ذلك عند الكلام في الإعفاء من المسؤولية (٢).

٢٨ - المسؤولية العقدية عن الغير وعن الأشياء

١ - المسؤولية العقدية عن الغير :

٤٣١ - نطاق المسؤولية العقدية عن الغير : المسؤولية العقدية عن الغير قد تتحقق إذا استخدم المدين أشخاصاً غيره في تنفيذ التزامه العئدى ، فيكون مسئولاً مسؤولية عقدية عن خطأ هؤلاء الأشخاص الذى أضرر بالدائن فى الالتزام العئدى . فيوجد إذن : (١) المسئول وهو المدين فى الالتزام العئدى . (٢) والمضروور وهو الدائن فى هذا الالتزام . (٣) والغير وهم الذين استخدمهم المدين فى تنفيذ التزامه . وتقوم المسؤولية العقدية عن الغير حيث يوجد عقد صحيح بين المسئول والمضروور وحيث يكون الغير مكلفاً بتنفيذ هذا العقد . فالمستأجر مسئول عن المسئول من الباطن قبل المؤجر : المسئول هنا هو المستأجر ، والمضروور هو المؤجر ، وقد قام بينهما عقد صحيح هو عقد الإيجار الأصى ، والغير المكلف بتنفيذ هذا العقد من قبل المسئول هو المستأجر من الباطن . ويتبين من ذلك

(١) أنظر مثلاً المادة ٥٢١ فى الشركة ، والمادة ٥٨٣ فقرة ١ فى الإيجار ، والمادة ٦٤١ فى العارية ، والمادة ٦٨٥ فى عقد العمل ، والمادة ٧٠٤ فى الوكالة ، والمادة ٧٢٠ فى الودعة . (٢) وهذه بعض أمثلة تشريعية من القانون الجديد للمسؤولية العقدية فى بعض العقود المسماة : عقد البيع (التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام بنائية م ٤٣١ و ٤٣٧ و ٤٣٨ - والتزام البائع بضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية هو التزام بنائية م ٤٣٩ و ٤٤٧) - عقد الإيجار (التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة هو التزام بنائية م ٥٨٣ - والتزام المستأجر بالمحافظة على العين من الحريق هو التزام بنائية م ٥٨٤ - والتزام المسأجر برد العين المؤجرة هو التزام بنائية م ٥٩٠) - عقد العارية (التزام المعير بتسليم العين التزام بنائية م ٦٣٦ - والتزام المستعير بالمحافظة على العين التزام بنائية م ٦٤١ - والتزام المستعير برد العين التزام بنائية م ٦٤٢) - عقد الوكالة (التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة التزام بنائية م ٧٠٤) - عقد الودعة (التزام المودع عنده بالمحافظة على العين التزام بنائية م ٧٢٠ - والتزام المودع عنده برد العين التزام بنائية م ٧٢٢) - عقد رهن المحلظة (التزام الدائن المرتهن بالمحافظة على الشيء المرهون التزام بنائية والتزامه برده التزام بنائية م ١١٠٣ وقد تضمنت الالتزامين معاً) .

أن هناك حدين لنطاق المسؤولية العقدية عن الغير : الحد الأول أن يكون هناك بين المسئول والمضروب عقد صحيح ، والحد الثاني أن يكون الغير معهوداً إليه في تنفيذ هذا العقد .

أما أن يكون هناك بين المسئول والمضروب عقد صحيح ، فذلك لأن مسؤولية المسئول نحو المضروب هي مسؤولية عقدية ، فوجب أن تنشأ هذه المسؤولية عن عقد تم بينهما . فإذا كان العقد قد تم بين المسئول والغير الذي أحدث الضرر ، لا بين المسئول والمضروب ، كالتابع يربطه بمتبوعه عقد ثم يلحق الضرر بالمضروب في أثناء تأدية وظيفته ، فهذه مسؤولية تقصيرية لا عقدية ، سنفصلها في مكانها . كذلك المؤجر لا يكون مسئولاً مسؤولية عقدية عما يحدثه مستأجره من الضرر لشخص لا يربطه عقد بالمؤجر . وإذا تولى الغير ، نيابة عن المسئول ، المفاوضة في عقد ، ثم قطعت المفاوضة ، فأصاب قطعها الطرف الآخر بالضرر ، فالمسؤولية عن الغير هنا لا تكون عقدية ، لأن العقد بين المسئول والمضروب لم يتم إذ هو لم يجاوز مرحلة المفاوضات . ويجوز أن تقوم في هذا المثل مسؤولية تقصيرية ، هي مسؤولية المتبوع عن تابعه ، إذا توافرت أركانها . وإذا انعقد العقد غير صحيح في المثل الذي نحن بصددده ، فإن المسؤولية لا تكون هنا أيضاً مسؤولية عقدية . إذ أن العقد غير الصحيح يزول بإبطاله ، فلا تنشأ المسؤولية — إذا تحققت — من العقد ، بل تكون مسؤولية تقصيرية . ويتحقق ذلك بأن يكون الغير الذي أبرم العقد غير الصحيح نيابة عن المسئول هو المتسبب في البطلان ، فيكون مسئولاً مسؤولية تقصيرية نحو الطرف الآخر ، ويكون من أبرم العقد باسمه مسئولاً عنه مسؤولية تقصيرية هي مسؤولية المتبوع عن التابع . فلا بد إذن لقيام المسؤولية العقدية عن الغير أن يكون هناك عقد صحيح بين المسئول والمضروب .

ويجب أيضاً أن يكون الغير قد عهد إليه في تنفيذ هذا العقد . فلو كان الغير لم يعهد إليه في ذلك ، فإن تدخله في الإخلال بتنفيذ العقد قد يحقق مسؤولية المدين ، ولكن هذه المسؤولية تكون مسؤولية شخصية لا مسؤولية عن الغير . فالمؤجر يلتزم بعقد الإيجار أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين الانتفاع المقصود من العقد : فإذا تدخل جيران المستأجر من تلقاء أنفسهم ، حتى لو كانوا

مستأجرين من نفس المؤجر (١)، في انتفاع المستأجر بالعين ومنعوه من ذلك ، فإن مسؤولية المؤجر نحو المستأجر تكون مسئولية عقدية ، ولكنها مسئولية شخصية لا مسئولية عن الغير ، إلا أن يثبت المؤجر أن تدخل الجيران هو سبب أجنبي ، فعندئذ تنفى مسؤولية المؤجر بتاتا . كذلك المستأجر يلتزم بعقد الإيجار نحو المؤجر أن يحافظ على العين ، وهو مسئول عما يصيب العين من تلف بفعله أو بفعل أحد ممن يسكن معه ، ومسئولته في الحالتين مسئولية عقدية عن عمله الشخصى لا عن عمل الغير . فلا بد إذن لقيام المسئولية العقدية عن الغير أن يكون هذا الغير مكلفاً من المدين بتنفيذ العقد ، فيصبح المدين بهذا التكليف مسئولاً عن الغير مسئولية عقدية . مثل ذلك المقاول مسئول عن عماله وعن المقاول من الباطن نحو رب العمل ، والمستأجر مسئول عن المستأجر من الباطن نحو المؤجر ، والوكيل مسئول عن قائمه في تنفيذ الوكالة نحو الموكل . وقد يكون التكليف بتنفيذ العقد غير آت من قبل المدين بل من القانون ، كالولى أو الوصى أو القيم يقوم بتنفيذ عقد أحد طرفيه الصغير أو المحجور ، فهنا أيضاً تكون مسئولية الصغير أو المحجور عن الولى أو الوصى أو القيم مسئولية عقدية عن عمل الغير .

٤٣٢ - نصوص القانون المدني الجبريد الواردة في المسئولية العقدية

عن الغير: لا يوجد نص يقرر بطريق مباشر القاعدة العامة في المسئولية العقدية عن الغير ، على غرار النص الذى يقرر القاعدة العامة في المسئولية التصديرية عن عمل الغير (٢) . ولكن يوجد نص يقرر بطريق غير مباشر مبدأ المسئولية العقدية عن الغير ، وهذا النص هو الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ وتجرى بما يأتى : « وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطأ الجسيم . ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه » . ونقول بطريق غير مباشر ، لأن مبدأ المسئولية العقدية عن الغير إنما يستخلص ضمناً من هذا النص . فما دام

(١) أنظر المادة ٥٧١ فقرة ٢ من القانون المدنى الجديد .

(٢) وهو نص المادة ١٧٤ الذى يقرر مسئولية التبرع عن تابعه .

أنه يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الخطأ الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه . فذلك لا يستقيم إلا إذا كان هو في الأصل مسئولاً عن خطأ هؤلاء الأشخاص . فيستطيع بالاتفاق أن ينفي عنه هذه المسؤولية . ومن ثم يمكن القول بأن الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ تقرر مبدأ عاماً . هو أن المدين مسئول مسؤولية عقدية عن خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه العقدى .

وقد وردت تطبيقات تشريعية متعددة لهذا المبدأ في صدد عقود مختلفة : من ذلك عقد الإيجار . فقد نصت المادة ٥٧١ على ما يأتي : « ١ - على المؤجر أن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة ، ولا يجوز له أن يحدث بالعين أو بملحقاتها أى تغيير يخل بهذا الانتفاع . ٢ - ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأعمال التى تصدر منه أو من أتباعه ، بل يمتد هذا الضمان إلى كل تعرض أو إضرار مبنى على سبب قانونى يصدر من أى مستأجر آخر أو من أى شخص تلقى الحق عن المؤجر . ومسئولية المؤجر عن أعمال المستأجرين الآخرين أو عن تلقوا الحق منه إنما هى مسؤولية عقدية عن عمل شخصى ، أما مسؤوليته عن الأعمال التى تصدر من أتباعه ممن يكلفهم بتنفيذ عقد الإيجار فهى مسؤولية عقدية عن عمل الغير (١) .

وفى عقد المقاولة نصت المادة ٦٦١ على ما يأتي : « ١ - يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملة أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط فى العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية . ٢ - ولكنه يبقى فى هذه الحالة مسئولاً عن المقاول من الباطن قبل رب العمل » . فهذا نص صريح فى مسؤولية المقاول نحو رب العمل عن عمل المقاول من الباطن ، وهى مسؤولية عقدية عن عمل الغير .

وفى عقد الوكالة نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٠٨ على ما يأتي : « إذا أناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له فى ذلك ، كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ،

(١) أنظر أيضاً فى مسؤولية المستأجر نحو المؤجر عن أعمال المستأجر من الباطن أو المتنازل له عن الإيجار المواد ٥٩٥ - ٥٩٧ .

ويكون الوكيل ونائبه في هذه لحالة متضامين في المسؤولية. وهنا أيضاً نص صريح في مسؤولية الوكيل عن عمل نائبه نحو الموكل ، وهي مسؤولية عقدية عن عمل الغير .

٤٣٣ - شروط المسؤولية العقدية عن الغير وأصلها: ويتبين مما تقدم

أن الغير الذي يكون المدين مسئولاً عنه هو كل من كان مكلفاً - اتفاقاً أو قانوناً - بتنفيذ العقد . فالعمال والمقاولون من الباطن يكون المقاول مسئولاً عنهم نحو رب العمل . والمستأجر من الباطن والمنازل له عن الإيجار يكون المستأجر مسئولاً عنهما نحو المؤجر . وعمال أمين النقل وأمناء النقل المتابعون يكون أمين النقل الأصلي مسئولاً عنهم نحو العميل . والبواب يكون صاحب المنزل مسئولاً عنه نحو المستأجرين (١) . ونائب الوكيل يكون الوكيل مسئولاً عنه نحو الموكل . والولي والوصي والقيم يكون الصغير أو المحجور مسئولاً عنهم نحو المتعاقد الآخر . وبوجه عام كل من كلف - اتفاقاً أو قانوناً - بالحلول محل المدين في تنفيذ الالتزام ، كالمستأجر من الباطن ونائب الوكيل والوصي ، أو بمساعدته في تنفيذه ، كالعمال وأمناء النقل المتتابعين ، يكون هو «الغير» في المسؤولية العقدية عن الغير . ولا يشترط في الغير هنا ، كما يشترط في المسؤولية التقصيرية ، أن يكون تابعاً ، فقد رأينا أن الولي والوصي والقيم يعتبرون «غيراً» في هذه المسؤولية العقدية ولا يعتبرون «تابعين» في المسؤولية التقصيرية .

ويجب أن يكون الغير قد أحدث الضرر في حال تنفيذ العقد أو بسبب تنفيذه ، على النحو الذي ستراه في مسؤولية المتبوع عن التابع . وخطأ الغير في الالتزام بغاية يكون بعدم تحقيق الغاية المتفق عليها ، وفي الالتزام بعناية يكون بعدم بذل العناية المطلوبة ، فخطأه هو وخطأ الأصل سواء .

فإذا توافرت هذه الشروط تحققت المسؤولية العقدية عن الغير ، ويصبح المدين مسئولاً عن خطأ الغير الذي استخدمه في تنفيذ التزامه . واختلف في الأساس الذي تبنى عليه هذه المسؤولية . فمنهم من يقيّمها على خطأ مفروض

(١) أنظر في المسؤولية العقدية عن البواب ، في صدد مألّفين هامتين هما سرفة المنزل وشبايع المراسلات ، مازو ١ فقرة ٩٩٧ - ٢ .

فرضاً غير قابل لإثبات العكس . ومنهم من يرتبها على فكرة تحمل التبعة . ومنهم من يبينها على فكرة حلول الغير محل الأصيل فيعتبر نائباً عنه فيما ارتكب من خطأ . ومنهم من يؤسسها على فكرة الضمان . وهذا الخلاف عينه نجده في تأصيل مسئولية المتبوع عن التابع . وسنتكلم فيه هنا بالتفصيل .
وغنى عن البيان أنه إذا تحققت مسئولية المدين عن الغير ، جاز للأول أن يرجع على الثاني إما بالمسئولية العقدية إذا كان هو الذى كلفه بتنفيذ العقد . وإما بالمسئولية التقصيرية إذا كان الثاني مكلفاً بتنفيذ العقد بمقتضى القانون .

ب - المسئولية العقدية عن الأشياء :

٤٣٤ - نطاق المسئولية العقدية عن الأشياء : إذا لم يقم المدين بتنفيذ العقد كان هذا خطأ عقدياً كما قدمنا . فإذا كان عدم تنفيذه للعقد راجعاً لا إلى فعله الشخصى بل إلى « فعل الشيء » (fait de la chose) ، أى إلى تدخل إيجابى من شيء أفلت من حراسته على النحو الذى سنبينه فى المسئولية التقصيرية عن الأشياء ، كان المدين مسئولاً مسئولية عقدية ولكن لا عن « فعله الشخصى » بل عن « فعل الشيء » . ويتحقق ذلك فى الفروض الآتية :

(١) يسلم المدين الشيء محل العقد للدائن - البائع يسلم الآلة المبيعة للمشتري فتفجر الآلة فى يد المشتري وتصيبه بضرر فى نفسه أو فى ماله . هنا يصبح البائع مسئولاً بمقتضى التزامه العقدى من ضمان العيوب الخفية . ولم ينشأ هذا الضمان عن حالة سلبية للآلة المبيعة كوجود عيب فيها ، بل عن حالة إيجابية هى انفجار الآلة . فيكون البائع مسئولاً مسئولية عقدية ، ولكن لا عن فعله الشخصى ، بل عن فعل الشيء .

(٢) يكون المدين مسئولاً عن رد الشيء محل العقد للدائن ، كالمستأجر يلتزم برد العين المؤجرة ، فيتدخل شئ آخر فى حراسة المستأجر - كمود متفجرة - تدخلا إيجابياً يتسبب عنه حريق العين . فهنا لم ينفذ المستأجر التزامه العقدى برد الشيء ، فيكون مسئولاً مسئولية عقدية ، ولكن لا عن فعله الشخصى ، بل عن فعل الشيء ، والشيء هنا هو المواد المتفجرة لا العين المؤجرة .

(٣) يقوم المدين بتنفيذ العقد عن طريق استعماله شيئاً ، فيؤذى هذا الشيء الدائن . ويكون المدين مسئولاً عن سلامة الدائن بمقتضى العقد . مثل ذلك عقد النقل ، ينفذه أمين النقل بوسائل المواصلات المختلفة ، قطار أو سيارة أو طائرة أو غير ذلك ، فيصطدم القطار أو تنفجر السيارة أو تسقط الطائرة ، فيصاب الراكب بالضرر . هنا أيضاً لم ينفذ أمين النقل التزامه نحو الراكب ، إذ هو ملتزم سلامته ، فيكون مسئولاً مسئولية عقدية . ولكن لا عن فعله الشخصي ، بل عن فعل الشيء .

٤٣٥ - المسئولية العقدية عن الأشياء والمسئولية العقدية عن الفعل

الشخصي تحكمها قواعد واحدة : والفروض الثلاثة التي قدمناها لا فرق في الحكم بينها وبين المسئولية عن الفعل الشخصي . فالمدين بالعقد مسئول عن عدم تنفيذ التزامه مسئولية عقدية . وسواء كان هذا راجعاً إلى فعله الشخصي أو إلى فعل شيء في حراسته ، فمسئوليته متحققة في الحالتين ، وتطبق القواعد ذاتها في كل منهما . ويعتبر «فعل الشيء» في الفروض المتقدمة هو فعل شخصي للمتعاقد ، لأن الشيء في حراسته ، وهو مسئول عنه . فالمسئولية العقدية عن الأشياء هي كالمسئولية العقدية عن الأعمال الشخصية تقوم على خطأ شخصي (١)

٣٨ - تعديل قواعد المسئولية العقدية

٤٣٦ - تعديل قواعد المسئولية العقدية عن طريق التأمين على

المسئولية : يستطيع المدين أن يؤمن على مسئوليته العقدية كما يؤمن على مسئوليته التقصيرية . ويؤمن على كل خطأ يصدر منه عدا الفعل العمد ، وعلى كل خطأ يصدر من أتباعه أو ممن يستخدمهم في تنفيذ التزامه حتى عن الفعل العمد . فيستوى التأمين في المسئوليتين . وتسوى قواعد التأمين أيضاً ، وسن فصلها عند الكلام في المسئولية التقصيرية .

٤٣٧ - تعديل قواعد المسئولية العقدية عن طريق الاتفاق - النص

الفأثرية : تنص المادة ٢١٧ من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

(١) أنظر في الموضوع ما زو ٢ ص ٣٢٥ - س ٣٤١ .

١٥ - يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجيء والقوة القاهرة .

٢٠ - وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية ترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم . ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه .

٣ - ويقع باطلا كل شرط يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع (١) .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٢١١ - بعد أن قضت الفقرة الأولى بأن مدى العناية الواجبة فى الالتزام ببذل عناية هى عناية الشخص المعتاد ما لم يوجد اتفاق مخالف - على ما يأتى : « وفى كل حال يبقى المدين مسئولاً عما يأتية من غش أو خطأ جسيم » . وقد سبق ذكر النص بأكمله (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٩٥ من المشروع التمهيدى على وجه مماثل بخلاف لفظى لطيف . وقد أدخل هذا التعديل اللفظى فى لجنة المراجعة فأصبح النص مطابقاً للنص الوارد فى القانون الجديد ، وأصبح رقم النص هو المادة ٢٢٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢١٧ ، ثم مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٢ - ص ٥٥٤) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ليست أحكام المادة ٢٩٥ إلا تقييداً للقواعد التى جرى القضاء المصرى على اتباعها فى هذا الشأن . فقد يحمل عبء المسئولية أشد وقرأ بالاتفاق على تحمل تبعة الحادث المفاجيء ، وبهذا يكون المدين مؤمناً للدائن من وجه . وقد تخفف المسئولية ، على قبيض ذلك ، باشتراط الإعفاء من تبعة الخطأ التعاقدى ، إلا أن تكون قائمة على غش أو خطأ جسيم . فليس للأفراد حرية مطلقة فى الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية ، فكما أن الاتفاق على الإعفاء من الخطأ الجسيم والغش لا يجوز فى المسئولية التعاقدية ، كذلك يمنع اشتراط الإعفاء من المسئولية التقصيرية ، أيا كانت درجة الخطأ ، ويعتبر مثل هذا الاشتراط باطلاً لمخالفته للنظام العام . على أن ذلك لا ينى جواز التأمين على الخطأ ، ولو كان جسيماً ، بل وفى نطاق المسئولية التقصيرية ذاتها ، متى كان لا يرتفع إلى مرتبة الغش . كما أن للأفراد أن يتفقوا على الإعفاء من المسئولية الناشئة عن خطأ من يسألون عن أعمالهم ، بل وعن الغش الواقع من هؤلاء ، سواء أكانت المسئولية تعاقدية أم تقصيرية . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٣) .

(٢) انظر آخراً فقرة ٤٢٨ - وأنظر تاريخ النص فى هامش هذه الفقرة .

ولم يستحدث القانون الجديد شيئاً فيما نص عليه من الأحكام المتقدمة ، بل اقتصر على تقنين ما كان الفقه والقضاء في مصر يجريان عليه من المبادئ في شأن التعديل الاتفاقى من قواعد المسؤولية العقدية . وعلى تثبيت هذه المبادئ وتأكيداها في نصوص تشريعية .

٤٣٨ - الأصل هو الحرية في تعديل قواعد المسؤولية العقدية بالاتفاق :

ولما كانت المسؤولية العقدية منشأها العقد . وكان العقد وليد إرادة المتعاقدين ، فالإرادة الحرة هي إذن أساس المسؤولية العقدية . وإذا كانت الإرادة الحرة هي التي أنشأت قواعد هذه المسؤولية . فإن لها أن تعدلها . فالأصل إذن هو حرية المتعاقدين في تعديل قواعد المسؤولية العقدية ، وذلك في حدود القانون والنظام العام والآداب .

أما المسؤولية التقصيرية فهي ليست وليدة الإرادة الحرة . بل هي حكم القانون . وسرى لذلك أنه لا يجوز تعديل قواعد الاتفاق . كما جاز في المسؤولية العقدية .

٤٣٩ - الأمطام التي قررناها النصوص في مواز تعديل المسؤولية

العقدية بالاتفاق : والأحكام التي قررناها النصوص . والتي كان الفقه والقضاء في مصر يجريان عليها في غير اضطراد فاستقرت بعد أن قضتها نصوص تشريعية ، يمكن ردها إلى مبدئين رئيسيين :

المبدأ الأول : يقضى بحرية المتعاقدين في التعديل من قواعد المسؤولية العقدية .

فلهما أن يتفقا على التشديد من هذه المسؤولية ، بأن يجعل المدين مسئولاً حتى عن السبب الأجنبي . ويكون هذا بمثابة تأمين للدائن (١) . ولهما أن يتفقا على التخفيف منها بالألّا يجعل المدين مسئولاً حتى عن قصيره .

والمبدأ الثاني : يقضى بأن النظام العام يقيد من حرية المتعاقدين ، فلا يجوز

التخفيف من المسؤولية العقدية إلى حد الإعفاء من الفعل العمد أو ما يلحق بالفعل العمد وهو الخطأ الجسيم . وذلك أنه لو صح للمدين أن يعفى نفسه من

(١) استشاف مخطوط في ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٩ .

المسئولية عن الفعل العمد في عدم تنفيذ التزامه العقدي . لكان التزامه معلقاً على شرط إرادى محض . وهذا لا يجوز . والخطأ الجسيم ملحق بالنقل العمد ، وبأخذ حكمه . ولكن يجوز للمدين أن يعفى نفسه من المسؤولية عن عمل الغير ، حتى لو كان هذا العمل عمداً أو خطأ جسيماً . فإن عمد الغير لا ينزل منزلة الشرط الإرادى المحض (١) .

٤٤٠ - تحليل لهذه الأمثلة وتطبيقها على الالتزام بغاية والالتزام

بغاية: وإذا حللنا الأحكام التى قدمناها فى ضوء ما عرفناه من قواعد المسؤولية

(١) استئناف مختلط فى ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ١١ - وفى ١٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ١٤ - وفى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٩٣ - والتون ٢ ص ٢٧٠ - ٢٧٢ - الدكتور عبد السلام ذهبي بك فقرة ٢٧٣ - الدكتور محمد صالح بك فى أصول التمهيدات فقرة ٤٧ .

وفى عقود النقل كان القضاء المصرى يحرم الإعفاء من المسؤولية عن العمد والخطأ الجسيم (استئناف مختلط فى ٣١ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٣٢٢ ص ٧٣) . وكان من شأن الإعفاء من المسؤولية عن الخطأ اليسير أن ينقل عبء الإثبات فيجعله فى جانب الدائن كما كان الأمر فى فرنسا قبل قانون رابيه (Rabier) (استئناف مختلط فى ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٩٨ - وفى ١٨ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٠ - وفى ١٦ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٥١) . ولكن قضت محكمة الاستئناف المختططة بعد ذلك بأن شرط الإعفاء من المسؤولية فى عقود النقل غير جائز حتى عن الخطأ اليسير ، بل ليس من شأن هذا الشرط أن ينقل عبء الإثبات إلى الدائن (استئناف مختلط فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٥ - قارن استئناف مختلط فى ١٢ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢٠ - أنظر والتون ٢ ص ٢٧٩ - ص ٢٨٠) . وبذلك سارت محكمة الاستئناف المختططة على حكم قانون رابيه دون أن يكون فى مصر قانون مماثل ، وذلك لاعتبارات خاصة فى عقود النقل تجعل التشديد فى مسؤولية أمين النقل أمراً مرغوباً فيه (أنظر فى هذه الاعتبارات والتون ٢ ص ٢٨٠ - ص ٢٨٣) . وقد تصلح نظرية عقود الإذعان سبباً لإبطال الإعفاء من المسؤولية فى عقود النقل .

أما الإعفاء الاتفاقى من المسؤولية العقدية عن عمل الغير فى الخطأ اليسير فجاز فى مصر فى القضاء والفقه (استئناف مختلط فى ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٩٨ - والتون ٢ ص ٢٧٢ - ص ٢٧٤) . وإذا كان خطأ الغير جسيماً أو عمدياً ، فكان القضاء فى مصر لا يجيز الإعفاء من المسؤولية (استئناف مختلط فى ١٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ١٤ - وفى ٣١ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٢٢٢) ، وبجيزه الفقه فى الخطأ الجسيم (التون ٢ ص ٢٧١ - ص ٢٧٢) ، والقانون المدنى الجديد يجيزه حتى فى المد كما بينا (قارن مازو ٣ فقرة ٢٥٢٧) . هذا ولا يعتبر خطأ من عمل الغير خطأ مدير الشركة ، فالمدير أداة (organe) الشركة لا وكيل عنها ، فلا يجوز للشركة أن تعفى نفسها من العمد أو الخطأ الجسيم إذا صدر من مديرها . ولكن يجوز أن تعفى نفسها من العمد أو الخطأ الجسيم إذا صدر من عمالها .

العقدية . رأينا أن الأمر يرتبط ارتباطاً وثيقاً بتقدير العناية المطلوبة من المدين في تنفيذ التزامه العقدي . وتدرج هذه العناية تدرجاً ملحوظاً (١) .

ففي الالتزام بغاية ، حيث يبلغ مقدار العناية المطلوبة الدرجة القصوى ، إذ يطلب دائماً تحقيق الغاية المتعاقد عليها ، لا ترتفع مسؤولية المدين إلا في حالة السبب الأجنبي . ويكون المدين مسؤولاً عن الفعل العمد . وعن أى خطأ ، جسماً كان أو سيراً أو تافهاً . بل وعن الفعل مجرداً من أى خطأ . ويمكن تبعاً لهذا التدرج أن نتصور الاتفاق على تشديد المسؤولية العقدية حتى تشمل المسؤولية عن السبب الأجنبي ، وهذا كما قدمنا ضرب من التأمين يلتزم به المدين نحو الدائن . كذلك يمكن أن نتصور الاتفاق على تخفيف المسؤولية العقدية في أدنى صورة من صوره ، فلا يكون المدين مسؤولاً عن فعله المجرد من الخطأ . وعند ذلك يتقلب الالتزام بغاية إلى التزام بعناية ، ولا يكون المدين مسؤولاً إلا إذا أثبت الدائن أنه ارتكب خطأ ولو تافهاً (٢) . وقد يتدرج المدين في التخفيف من المسؤولية . فيشترط إعفائه من المسؤولية عن الخطأ التافه . ثم عن الخطأ اليسير . فإذا وصل إلى هذا المدى لا يكون

(١) تدرج مقدار العناية المطلوبة من المدين ، بحيث تتدرج المسؤولية معها عن أخطاء متدرجة ، من الفعل العمد إلى الخطأ الجسيم إلى الخطأ اليسير إلى التافه ، هو القدر الذي يصلح لتفاه في رأينا من نظرية تطرح الخطأ المهجورة . أما توزيع هذه الأخطاء التدرجية على طوائف مقسمة من العقود ، وهو الأساس الذي قامت عليه هذه النظرية ، فهذا هو الذي ظهر فاده وكان السبب في هجر النظرية .

(٢) ويقع عبء الإثبات في المسؤولية العقدية المخففة على الدائن ، وقد رأينا أن هذا العبء يقع عليه في المسؤولية العقدية الكاملة ، فأول أن يقع في المسؤولية المخففة . ففي عقد النقل — حيث يلتزم أمين النقل بسلامة الراكب ، والتزامه التام غاية فيكون مسؤولاً إلا إذا أثبت السبب الأجنبي — إذا اشترط أمين النقل إعفائه من المسؤولية العقدية وأمكن تفسير ذلك على أنه إعفاء من المسؤولية عن الفعل المجرد من الخطأ وعن الخطأ التافه ، فلا يكون أمين النقل مسؤولاً إلا إذا أثبت الراكب في جانبه خطأ يسيراً ، ومن ثم يصبح عبء الإثبات على الراكب لا على أمين النقل . أما القضاء الفرنسي فيذهب هذا المذهب ، ولكن على أساس أن شرط الإعفاء من المسؤولية يسقط المسؤولية العقدية ، فتبقى المسؤولية التقصيرية إذا أثبت الراكب خطأ في جانب أمين النقل . وعيب هذا التأسيس أنه يسمح بالحيرة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ، وسرى عند الكلام في المسؤولية التقصيرية أنه لا خيرة بين المسؤولتين ، وأن المسؤولية العقدية إذا تحققت لا تنفع للمسؤولية التقصيرية مكاناً إلى جانبها (أنظر في هذا الموضوع ما زو ٣ فقرة ٢٥٤٥ وما بعدها) . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلي (فقرة ٤٤١) .

مستولا إلا إذا أثبت الدائن في جانبه عمد أو الخطأ الجسيم . ولكن إلى هنا يستطيع أن يصل في التخفيف من مسؤوليته . ولا يستطيع أن يصل إلى مدى أبعد . فلا يجوز أن يشترط إعفائه من المسؤولية عن فعله العمد أو عن خطأه الجسيم . ما لم تكن المسؤولية مرتبة على فعل الغير فيجوز له ذلك (١) . وقد ورد نص تشريعي في ضمان استحقاق المبيع . وهو التزام بغاية . يعتبر تطبيقاً لهذه الأحكام . إذ نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٤٥ على أنه «يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق ، أو أن ينقصا منه . أو أن يسقطا هذا الضمان » . ثم نصت الفقرة الثالثة من المادة ذاتها على أنه «ينفع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي » . وكذلك الأمر في ضمان العيوب الخفية في المبيع ، حيث نصت المادة ٤٥٣ على أنه «يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان . على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه » .

وفي الالتزام بعناية تكون درجة العناية المطلوبة . حيث لا يوجد نص أو اتفاق خاص . هي عناية الشخص المعتاد . فلا يكون المدين مسئولاً عن السبب الأجنبي . ولا عن الفعل المجرد من الخطأ ، ولا عن الخطأ التافه . ويكون مسئولاً عن فعله العمد ، وعن خطأه الجسيم ، وعن خطأه اليسير . وقد يشدد باتفاق خاص من هذه المسؤولية . فيصبح مسئولاً عن الخطأ التافه ، ثم عن الفعل المجرد من الخطأ . وهنا ينقلب الالتزام بعناية إلى التزام بغاية . إذ يصبح المدين مسئولاً عن تحقيق غاية لا يتخلص من المسؤولية عنها إلا بإثبات السبب الأجنبي . وقد يشدد في مسؤوليته إلى مدى أبعد فيصبح مسئولاً حتى عن السبب الأجنبي ، وهذا ضرب من التأمين كما قدمنا . وقد يتخفف من مسؤوليته ، فلا يكون مسئولاً عن الخطأ اليسير . ويبقى مسئولاً عن الفعل العمد وعن الخطأ الجسيم ، فلا يستطيع أن يعفى نفسه بشرط خاص من المسؤولية عنهما ، ما لم تكن المسؤولية مرتبة على فعل الغير .

(١) قارن مازو ٣ فقرة ٢٥٢٧ — ويرى الأستاذان أن المدين لا يستطيع أن يشترط إعفائه من الفعل العمد أو الخطأ الجسيم حتى لو كان صادراً من الغير ، لأن الخطأ الصادر من الغير يعتبر صادراً منه هو .

وفرى من ذلك أن الالتزام بغاية قد يتقلب إلى التزام بعناية ، وأن الالتزام بعناية قد يتقلب إلى التزام بغاية ، وأن المهم في كل ذلك هو مقدار العناية المطلوبة من المدين . فمن السبب الأجنبي ، إلى الفعل المجرد من الخطأ ، إلى الخطأ الزافه ، إلى الخطأ اليسير ، إلى الخطأ الجسيم ، إلى الفعل العمد ، بتدرج المدين في مسؤوليته العقدية عن نفسه أو عن الغير ، وفقاً لما ينص عليه القانون أو يقضى به الاتفاق . ولا يقف دون ذلك حتى هذا التقسيم الجوهرى للالتزام إلى التزام بغاية والالتزام بعناية (١) .

٤٤١ - الآثار التى تترتب على شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية:

إذا كان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية صحيحاً على النحو الذى فصلناه ، فإنه يعفى المدين من المسؤولية بالقدر الذى يتسع له الشرط . ويبقى المدين مسئولاً فيما وراء ذلك . ولكن القضاء الفرنسى - واقتدى به القضاء

(١) هذه القواعد التى بطلناها فى الإعفاء الاتفاقى من المسؤولية العقدية فى حاجة إلى مزيد من التأمل فى فروض ثلاثة ، حيث تستهدف لاعتراضات يسهل دفعها :

(١) قد تشترط شركة إعفاءها من المسؤولية العقدية عن النفس أو الخطأ الجسيم الصادر من مديرها . وقد أخذ على قواعد الإعفاء الاتفاقى التقدم ذكرها أنها تجعل هذا الشرط صحيحاً لأنه إعفاء من المسؤولية عن فعل الغير ، وكان الواجب أن شرطاً كهذا لا يصح . وردنا على ذلك ما قدمناه من أن مدير الشركة لا يعتبر وكيلاً عنها ، بل يعتبر أداة لها (organe) ، فشولية الشركة عن فعله تعتبر مشولية عن فعل شخصى لاعتق الغير . فلا يجوز إذن لشركة أن تعفى نفسها من المسؤولية عن النفس أو الخطأ الجسيم الصادر منها أو من مديرها ، فهذا وذاك بمنزلة سواء .

(ب) تستطيع شركات النقل أن تعفى نفسها من المسؤولية عن السرقات التى ترتكبها عمالها ، إذ أن هذا يعتبر إعفاء من المسؤولية عن فعل الغير وهو صحيح وفقاً للقواعد المتقدمة ذكرها . وردنا على ذلك أن مثل هذا الشرط إذا فرضته شركات النقل الكبرى على عملائها يعتبر شرط إذعان يجوز للقاضى إبطاله وفقاً للمادة ١٤٩ .

(ج) يستطيع المدين أن يعفى نفسه من المسؤولية العقدية عن الضرر الذى يحدثه بالناش فى جسمه بخطأه اليسير ، ويكون الإعفاء صحيحاً طبقاً للقواعد المتقدمة ذكرها ، مع أن هناك ميلاً إلى جعل الإعفاء من المسؤولية لا يجوز إلا فى الضرر الذى يلحق المال دون الجسم (أنظر ما زو ٣ فقرة ٢٥٢٩ وما بعدها) . وعلاج ذلك أن نميز بين ما إذا ورد هذا الشرط فى عقد من عقود الإذعان ، كعقد النقل أو العقد الذى يتم بين الطبيب والمريض ، فيجوز للقاضى أن يبطله ، وما إذا ورد فى غير عقود الإذعان فيصح . والقضاء الفرنسى يعتبر الشرط صحيحاً فى جميع الأحوال . ومحسن ، بالنسبة إلى عقد النقل ، أن يصدر فى شأنه تشريع خاص بواجب ملاساته المختلفة .

المصرى في ظل القانون القديم - يضيق من أثر شرط الإعفاء . فعنده أن المسؤولية التقصيرية تجتمع مع المسؤولية العقدية ، وللدائن الخيرة بين هاتين المسؤوليتين . فإذا كان هناك شرط يعنى من المسؤولية العقدية ، بقيت المسؤولية التقصيرية ، وعلى الدائن أن يثبت خطأ في جانب المدين حتى يطالبه بالتعويض ، لا على أساس المسؤولية العقدية وقد أعنى المدين منها ، بل على أساس المسؤولية التقصيرية وشرط الإعفاء لا يتناولها ولا يجوز أن يتناولها لأن الإعفاء من المسؤولية التقصيرية يتعارض مع النظام العام . فكأن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية لم يفعل إلا أن نقل عبء الإثبات من المدين إلى الدائن . وهذه النتيجة تازم من يقول بالخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية . أما نحن فلا نقول بالخيرة كما سنبين عند الكلام في المسؤولية التقصيرية . ولذلك نرى أن شرط الإعفاء إذا كان صحيحاً أعنى المدين من المسؤولية العقدية . ولا محل للمسؤولية التقصيرية إذ أن هذه لا تجتمع مع تلك (١) .

وعلى المدين الذى يمتسك بشرط الإعفاء أن يثبت وجود هذا الشرط . وبصعب في كثير من الأحوال على المدين إثبات أن الدائن قبل شرط الإعفاء . لاسيما إذا كان هذا الشرط منزوياً في ورقة مطبوعة هي « بوليصة شحن » أو « تذكرة سفر » . أو في ورقة موضوعة في مكان غير ظاهر في فندق أو مطعم أو نحو ذلك . وتقوم صعوبتان في مثل هذه الحالات لقبول شرط الإعفاء : أولاها احتمال أن يكون الدائن لم يبر هذا الشرط فلا يعتبر قابلاً له وفقاً لنظرية الإرادة الباطنة . والثانية أن الشرط - بفرض أن الدائن قد رآه ولم يعترض عليه - قد يعتبر شرط إذعان تعسفى للقاضي أن يبطله . أما إذا كان شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية باطلاً وفقاً للقواعد التي

(١) هذا وقد قدما أنه يمكن تفسير الإعفاء من المسؤولية العقدية في بعض العقود ، وبخاصة في عقد النقل ، على أنه إعفاء من الفعل المجرد من الخطأ ومن الخطأ ذاته . فإذا استقام هذا التفسير في عقد ، جاز القول في نظرنا إن مسؤولية المدين العقدية - لا التقصيرية - تتحقق إذا أثبت الدائن في جانب المدين خطأ يسيراً . ويكون الخطأ في هذه الحالة خطأ عقدياً لا خطأ تقصيرياً (انظر سابقاً فقرة ٤٤٠ في الهامش) . ولكن يغلب أن يتناول شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية كل ما يمكن الإعفاء منه في هذه المسؤولية ، فيشمل المسؤولية عن الفعل المجرد من الخطأ وعن خطأ ناتج عن الخطأ يسيراً . دون المسؤولية عن الفعل العمد أو الخطأ الجسيم ، فهذان لا يجوز الإعفاء من مسؤوليتهما كما قدما .

تقدم ذكرها ، فشرط الإعفاء وحده هو الذى يبطل ويبقى العقد قائماً دون شرط الإعفاء (١) .

المطلب الثانى

الضرر

(Le préjudice)

٤٤٢- عبء إثبات الضرر : الركن الثانى فى المسؤولية العقدية هو الضرر . فلا بد من وجود ضرر حتى تترتب هذه المسؤولية فى ذمة المدين . والدائن هو الذى يحمل عبء إثبات الضرر ، لأنه هو الذى يدعيه . ولا يفترض وجود الضرر لمجرد أن المدين لم يقم بالتزامه العقدى ، فقد لا ينفذ المدين التزامه ولا يصب الدائن ضرر من ذلك . ففى عقد النقل مثلاً ، إذا تأخر أمين النقل فى تسليم البضاعة . أو تأخر الراكب عن الوصول فى الميعاد ، فإن مجرد التأخر لا يكفى لاستخلاص وجود الضرر . بل يجب على الدائن أن يثبت أنه قد أصابه ضرر معين من جراء هذا التأخر (٢) .

ويستثنى من ذلك فوائد التقود . فإذا استحققت فوائد عن التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، فإن الضرر مفترض ولا يكلف الدائن إثباته . بل لا يجوز للمدين أن يثبت أن الدائن لم يلحق به ضرر ليتخلص من المسؤولية . وقد نصت المادة ٢٢٨ على هذا الحكم فقالت : « ولا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير » .

(١) مازو ٣ فقرة ٢٠٦٢ - فقرة ٢٠٦٤ . وهذا إلا إذا ثبت أن شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية كان هو الدافع إلى التعاقد ، فيبطل العقد كله ، ولا يتحقق هذا نادراً .

وتسرى القواعد التى قدمناها فى صورتين نعتبران إعفاء اتفاقياً محوراً من المسؤولية العقدية : (الصورة الأولى) أن يشترط المدين فى المسؤولية العقدية ألا تتجاوز مسؤوليته ، إذا تحققت ، مبلغاً معيناً من المال أقل من الضرر الذى وقع . ولكن يشترط أن يكون المبلغ المتفق عليه جدياً ، لا رمزياً يقصد به الإعفاء الكامل من المسؤولية . أما إذا قصد أن يكون المبلغ معادلاً للضرر ، فهذا هو الشرط الجزائى . (والصورة الثانية) أن يشترط المدين فى المسؤولية العقدية مدة لتقادم التزامه العقدى تكون أقصر من المدة المقررة قانوناً .

(٢) أنظر فيما يتعلق بعقد النقل مازو ٢ فقرة ١٦٨٢ .

أما الشرط الجزائي فلا يغني عن إثبات الضرر . ولكنه ينقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين . فالضرر مفروض إلا إذا أثبت المدين أنه لم يقع . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٢٤ على هذا الحكم إذ تقول : « لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر » .

٤٤٣- مسأله البحث: والضرر إما أن يكون مادياً أو أدبياً . والتعويض

عن الضرر في المسؤولية العقدية محدود المدى ، فلا تعويض إلا عن الضرر المتوقع .

فنبحث إذن مسألتين: (١) الضرر المادى والضرر الأدبى . (٢) مدى التعويض عن الضرر .

§ ١ - الضرر المادى والضرر الأدبى

٤٤٤ -- كيف يتحقق كل من الضرر المادى والضرر الأدبى :

قد يصيب الدائن في المسؤولية العقدية ضرر مادى في ماله أو في جسمه ، كالمعير لا يستطيع استرداد الشيء المعار ، وكالراكب يؤذى في سلامته عند النقل . والضرر المادى هو الأكثر الأغلب . ولكن قد يكون الضرر ، وهذا نادر في المسؤولية العقدية ، أدبياً يصيب الدائن في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو نحو ذلك .

ويجب على كل حال في الضرر أن يكون واقعاً أو محقق الوقوع . ونبحث هذا الشرط في الضرر المادى لأن ظهور الحاجة إليه أكثر وضوحاً فيه . ثم نبحث الضرر الأدبى .

أ - الضرر المادى (préjudice matériel) :

٤٤٥ - الضرر الحال (préjudice actuel) : الضرر الحال هو الضرر

الذى وقع فعلاً . والأصل أن التعويض يكون عن الضرر الحال . ويعوض عن الضرر المستقبل إذا كان محقق الوقوع كما سترى .

أما إذا لم يقع ضرر أصلاً فلا تعويض . مثل ذلك تأخر الراكب في الوصول قد لا ينجم عنه ضرر ، فلا يرجع الراكب بتعويض على أمين النقل . وإذا

كلف الموكل وكيله أن يقيد رهناً لمصاحته . فلا يقوم الوكيل بقيد الرهن ، ويتبين بعد ذلك أن العقار المرهون كان قبل الرهن مستغراً بالدين ، فلا تعويض للموكل إذ لم يلحقه ضرر .

٤٤٦ - **الضرر المستقبل (préjudice futur)** : وقد لا يقع الضرر في الحال ، ولكن يكون محقق الوقوع في المستقبل . مثل ذلك مصنع يتعاقد على استيراد خامات بدخرها للمستقبل من الأيام . فيخلل المورد بالتزامه نحوه . فالضرر هنا لا يلحق المصنع في الحال إذ عنده خامات كافية ، ولكن يلحق به الضرر مستقبلاً عندما ينفد ما عنده ويصبح في حاجة إلى الحديد الذي تعاقد على استيراده . ولما كان الضرر في هذا المثل محقق الوقوع في المستقبل ، ويستطاع تقدير التعويض عنه في الحال ، فإن للمصنع أن يرجع فوراً بالتعويض على المورد . ولكن قد يحدث أن الضرر المستقبلي يكون محقق الوقوع ولا يستطاع تقدير التعويض عنه في الحال . إذ يتوقف مدى الضرر على عامل مجهول لما يعرف . مثل ذلك راكب يصاب بخادث في أثناء النقل ولا تعرف مدى إصابته إلا بعد وقت غير قصير ، فإذا رجع على أمين النقل بتعويض ، وجب التربص حتى يُعرف مدى الضرر ليتقاضى عنه تعويضاً كافياً . وسنعالج هذه المسألة بتفصيل أوفى في المسؤولية التقصيرية .

٤٤٧ - **الضرر المحتمل (préjudice éventuel)** : وقد يكون الضرر محتملاً : لا هو قد تحقق فعلاً ، ولا هو محقق الوقوع في المستقبل . مثل ذلك أن يحدث المستأجر بالعين المؤجرة خللاً يخشى معه أن تهدم العين . فالخلل ضرر حال ، ولكن تهدم العين ضرر محتمل . ويعوض المؤجر عن الضرر الحال فوراً . أما الضرر المحتمل فلا يعرض عنه إلا إذا تحقق . وسنرى عند الكلام في المسؤولية التقصيرية أنه يجب التمييز أيضاً بين الضرر المحتمل ، ولا يعرض عنه إلا إذا تحقق كما قدمنا ، وتنويع الفرصة ، ويعرض عنه في الحال .

ب - **الضرر الأدبي (préjudice moral)** :

٤٤٨ - **أثره على الضرر الأدبي في المسؤولية العينية** : سنرى عند الكلام في المسؤولية التقصيرية أن الضرر الأدبي قد يصيب الجسم فيلحق به من

ألم أُرِ يحدث فيه من تشويه - وقد يصيب الشرف والاعتبار والعرض . وقد يصيب العاطفة والحنان والشعور . وهو إذا كان يقع كثيراً في المسؤولية النفسية . فإن وقوعه في المسؤولية العنصرية نادر . إذ الأصل أن الشخص يتعاقد على شيء ذي قيمة مالية .

ولكن هذا لا يمنع من أن تكون هناك مصلحة أدبية للمتعاقدين في تنفيذ العقد . فإذا أخل المدين بالتزامه لحق الدائن من ذلك ضرر أدبي . فالراكب إذا أصيب بجرح في أثناء النقل لحقه من ذلك ضرر أدبي في جسمه . والطبيب إذا أساء علاج المريض أصابه كذلك بضرر أدبي في صحته . وقد يذيع الطبيب سرّاً للمريض لا تجوز إذاعته . فيصيب المريض بضرر أدبي في سمعته . كذلك قد يذيع الوكيل عن موكله ما يؤذيه في اعتباره . وقد يشتري شخص تذكاراً عائلياً ليست له إلا قيمة أدبية محضة بالنسبة إليه ، فإذا أخل البائع بتنفيذ التزامه كان الضرر الذي يصيب المشتري من جراء ذلك ضرراً أدبياً . والناشر إذا نشر كتاباً لمؤلف فشوهه ، قد لا يصيب المؤلف بضرر مادي ، ولكن المحقق أن يصيبه بضرر أدبي . والفنان إذا تعاقد مع شخص على عمل فني ، ففسخ المتعاقد معه العقد فسخاً تعسفياً ، قد يرى في هذا الفسخ إضراراً أدبياً بسمعته . والقطار إذا تأخر عن الوصول في ميعاده ، فلم يستطع أحد الركاب أن يشيخ جنازة عزيز عنده بسبب هذا التأخر ، يكون قد أحدث ضرراً أدبياً للراكب في عاطفته . بل إن امتناع المدين عمداً عن تنفيذ العقد يجعل التعويض أوسع مدى ، إذ يمتد إلى الضرر غير المتوقع ، وليس هذا إلا ضرباً من التعويض عن ضرر أدبي أصاب الدائن بسبب سوء نية المدين .

٤٤٩ - جواز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية :

وقد ناقش الفقهاء في فرنسا جواز التعويض عن الضرر الأدبي بوجه عام ، وعن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية بوجه خاص . وإذا لم يكن الآن لجواز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية التقصيرية خصوم يعتد بهم ، فإن بعضاً من الفقهاء لا يميز التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية . ويرجع السبب في ذلك إلى أن تقاليد القانون الفرنسي القديم كانت لا تميز هذا التعويض ، وقد ردد دوماً وبوتيه هذا الحكم زاعمين خطأ أنه هو حكم

القانون الروماني . ولكن الكثرة في الفقهاء الفرنسيين تجزئ التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية (١) .

أما في القانون المصري ، فقد كان التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية العقدية جائزاً فقهاً وقضاء (٢) . وأورد القانون الجديد نصاً صريحاً في جواز التعويض عن الضرر الأدبي في كل من المسئوليتين التقصيرية والعقدية ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ من هذا القانون على ما يأتي : «يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء » .

٤٥٠ - إمامة : وسنستوفي بحث التعويض عن الضرر الأدبي عند الكلام في المسؤولية التقصيرية . فما يقال هناك ينطبق هنا ، وبخاصة في تعيين من له حق المطالبة بتعويض عن الضرر الأدبي ومتى يمكن انتقال هذا الحق .

٢ § - مدى التعويض عن الضرر

٤٥١ - الضرر المباشر المتوقع هو الذي يعوض عنه في المسئولية

المعقبة : الضرر غير المباشر (indirect) لا يعوض عنه أصلاً . لأن المسئولية العقدية ولأن المسئولية التقصيرية . فلا يعوض إذن في المسئوليتين إلا عن الضرر المباشر (direct) .

ولكن في المسئولية التقصيرية يعوض عن كل ضرر مباشر ، متوقفاً كان (prévisible) أو غير متوقع (imprévisible) . أما في المسئولية العقدية فلا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ صراحة على هذا الحكم إذ تقول :

«ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت

(١) أنظر في الفقه الفرنسي مازو ١ فقرة ٣٢٩ - فقرة ٣٣٤ .

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٥٣ من ٩٥٩ .

التعاقد (١) .

ونأى بمثال يوضح ذلك نقله عن « نظرية العقد (٢) » : يضطر المستأجر لإخلاء المنزل قبل انقضاء مدة الإيجار لعدم قيام المؤجر بالتزامه من ترميم اشترطه عليه المستأجر . فينتقل إلى منزل مساو للمنزل الأول ولكنه أعلى أجرة . وتلت بعض المفروشات في أثناء النقل ثم يكون في المنزل الحديد « ميكروب » مرض معد ينقل إليه هذا المرض . فالفرق في الأجرة ما بين المنزلين هو الضرر المباشر المتوقع . وقيمة المفروشات التي تلفت هي الضرر المباشر غير المتوقع . وما يتسبب عن المرض هو الضرر غير المباشر . والمؤجر لا يكون مسئولاً إلا عن الضرر المباشر المتوقع ، ما لم يكن قد أخل بالتزامه عمداً أو عن خطأ جسيم فيكون مسئولاً عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع كما في المسؤولية التقصيرية . ولا يكون المدين مسئولاً عن الضرر غير المباشر أصلاً حتى في المسؤولية التقصيرية (٣) .

ومن المهم إذن أن نحدد عند اللبس ما إذا كانت المسؤولية عقدية لا تعويض

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ٢٩٩ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق . وقد أقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٢٨ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٢١ ، ثم مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٣ — ص ٥٦٦) .

ويقابل هذا النص في القانون المدني القديم المادتان ١٢٢/١٨٠ من هذا القانون ، ويجريان على الوجه الآتي : « ومع ذلك إذا كان عدم الوفاء ليس ناشئاً عن تدليس من المدين ، فلا يكون ملزماً إلا بما كان متوقع الحصول عقلاً وقت العقد » .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « ويكون للمسؤولية التعاقدية ، في حالتها الفسخ والخطأ الجسيم ، حكم المسؤولية التقصيرية . أما في غير هاتين الحالتين فلا يسأل المدين عن النتيجة الطبيعية للتعطل عن الوفاء بمجردهما ، بل بشرط أن تكون النتيجة مما يمكن توقعه عادة وقت التعاقد . فإذا لم يتحقق في النتيجة هذا الشرط ، خرجت بذلك من نطاق المسؤولية التعاقدية وسقط وجوب التعويض عنها . ویراعى في هذا الصدد أن توقع المتعاقدين للضرر الواجب تعويضه يجب ألا يقتصر على مصدر هذا الضرر أو سببه ، بل ينبغي أن يتناول فوق ذلك مقداره أو مده » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٥) .

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٥٤ ص ٩٥٩ .

(٣) استثناء مختلط في ٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٦٣ — وفي ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ — وفي ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٥١ — قضى فرنسي في ١٨ مايو سنة ١٩١٥ سيرة ١٩١٧ — ١ — ٣٨ .

فيها إلا عن الضرر المتوقع ، أو هي مسئولية تقصيرية يكون التعويض فيها حتى عن الضرر غير المتوقع . فإذا أصيب الراكب في حادث وتحققت مسئولية أمين النقل العقدية . لم يكن أمين النقل مسئولاً قبل الراكب وورثته من بعده إلا عن الضرر المتوقع عن هذا الحادث . أما إذا طالبت الورثة بتعويض باسمهم الشخصي . لا باعتبارهم ورثة . فإن ذلك يكون على أساس المسئولية التقصيرية . ويستطيعون على هذا الأساس أن يحصلوا على تعويض ما أصابهم هم . لا ما أصاب مورثهم من ضرر متوقع أو غير متوقع (١) .

٤٥٢ - ماذا يبرر قصر التعويض في المسئولية العقدية على الضرر

المتوقع : ويقال عادة في تبرير قصر التعويض على الضرر المتوقع إن المتعاقدين لم يتعاقدا إلا على ما يتوقعانه من الضرر . فالضرر غير المتوقع لا يدخل في دائرة التعاقد ، فلا تعويض عنه . أما إذا كان هناك غش - أو ما يعدل الغش من خطأ جسيم - في جانب المدين . فمسئولية المدين تنقلب إلى مسئولية تقصيرية تشمل الضرر غير المتوقع . وينتقد الأستاذان هنرى وليون مازو فكرة انقلاب المسئولية العقدية بالغش إلى مسئولية تقصيرية ، إذ لا يزال المدين مسئولاً بالعقد ، حتى لو كان سبب النية في عدم تنفيذه . ويربان أن المسئولية عن الضرر غير المتوقع في هذه الحالة ليست إلا عقوبة مدنية نص عليها القانون (٢) . ونرى من جانبنا أن نلتمس مبرراً للقاعدة في الاعتبارات الآتية : الأصل في المسئولية ، عقدية كانت أو تقصيرية ، وجوب التعويض عن الضرر المباشر بأكمله ، حتى لو كان غير متوقع . ذلك أن المدين مسئول عن كل هذا الضرر ، فهو الذى أحدثه مباشرة بخطأه . إلا أن المسئولية العقدية تتميز بأنها تقوم على العقد ، فإذا المتعاقدين هي التى تحدد مداها . وقد افترض القانون أن هذه الإرادة قد انصرفت إلى جعل المسئولية عن الضرر مقصورة على المقدار الذى يتوقعه المدين ، فهذا هو المقدار الذى يمكن أن يفترض افتراضاً معقولاً أن المدين قد ارتضاه . ويكون هذا الافتراض المعقول بمثابة شرط اتفاق يعدل من مقدار المسئولية بقصرها على مقدار معين هو مقدار

(١) مازو ٣ فقرة ٢٢٧٧ .

(٢) أنظر مازو ٣ فقرة ٢٢٧٥ - ٣ إلى فقرة ٢٢٧٦ .

الضرر المتوقع . ولكن لما كان هذا الشرط باطلاً في حالتى غش المدين وخطأه الجسيم كما قدمنا ، أصبح المدين في هاتين الحالتين ملتزماً بالتعويض عن كل الضرر ، متوقعاً كان أو غير متوقع ، لأنه رجع إلى الأصل بعد إبطال الشرط الاتفاقى الذى يعدل من مقدار المسؤولية . ولعل هذا التبرير يعين على تفسير القواعد التى سنسبها الآن في تحديد الضرر المتوقع .

٤٥٣ - تحديد الضرر المتوقع - توقع سبب الضرر ومقداره - معيار

موضوعى : لما كان مفروضاً أن المدين فى المسؤولية العقدية لم يلزم نفسه إلا بالضرر المتوقع كما قدمنا ، وجب ، جرياً وراء هذا الفرض المعقول ، أن يكون المدين قد توقع الضرر ، لا فى سببه فحسب ، بل أيضاً فى مقداره . فإذا تعهدت شركة نقل بنقل « طرد » ، ثم ضاع « الطرد » فى الطريق ، وتبين أنه يحتوى على أشياء ثمينة لم تكن الشركة تتوقعها عند إبرام العقد ، فلا تكون الشركة مسئولة عن كل القيمة بدعوى أنها كانت تتوقع سبب الضرر ، وهو وقوع خطأ من عمالها قد يسبب ضياع « الطرد » ، بل لا تكون مسئولة إلا عن القيمة المعقولة « للطرد » ، إذ هى لا تسأل إلا عن الضرر الذى كانت تتوقعه فى سببه وفى مقداره (١) .

وينبنى أيضاً على هذا الفرض المعقول من أن المدين لم يلتزم إلا بالضرر المتوقع ، أن الوقت الذى ينظر فيه إلى توقع الضرر هو وقت إبرام العقد . فلو أن المدين لم يتوقع الضرر فى هذا الوقت ، ثم توقعه بعد ذلك ، فإنه لا يكون مسئولاً عنه ، لأنه لم يلتزم به وقت إبرام العقد . وهذا هو ما ورد صراحة فى الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ ، إذ تنص على أن المدين الذى لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً لا يلتزم « إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد » .

وتوقع المدين للضرر يقاس بمعيار موضوعى لا بمعيار ذاتى . فالضرر المتوقع هو - كما يقول النص - الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة ، أى الضرر

(١) قنصل فرنس في ٧ يولية سنة ١٩٢٤ يسميه ١٩٢٥ - ١ - ٣٢١ - ومع ذلك أنظر قنصل فرنسى في ١١ يولية سنة ١٩٢٨ جازت حتى باله ١٩٢٨ - ٢ - ٣٢٧ - مازو ٣ فقرة ٢٣٨٨ .

الذى يتوقعه الشخص المعتاد في مثل الظروف الخارجية التي وجد فيها المدين ، لا الضرر الذى يتوقعه هذا المدين بالذات . فإذا أهمل المدين في تبين الظروف التي كان من شأنها أن تجعله يتوقع الضرر . فإن الضرر يعتبر متوقفاً ، لأن الشخص المعتاد لا يهمل في تبين هذه الظروف . أما إذا كان عدم توقع المدين للضرر يرجع إلى فعل الدائن . كأن سككت الدائن عن إخطار شركة النقل بأن « الطرد » يحتوى على أشياء ثمينة بالرغم من مظهره . فإن الشركة لا تكون مسئولة عن هذا الضرر . إذ من حقها ألا تتوقعه . وهذا ما كان الشخص المعتاد يفعله . كذلك إذا أعطى الدائن للمدين بيانات غير صحيحة . للحصول مثلاً على تعريفه مخفضة للنقل ، فلا ينتظر من المدين أن يتوقع الضرر الذى يترتب على عدم صحة هذه البيانات . بل إن سكوت المدين عن إعطاء بيانات لازمة قد يعتبر في بعض الأحوال إخفاء للضرر . فيكون المدين معذوراً إذا لم يتوقعه . فإذا سككت الراكب عن أن يبين لأمين النقل أنه يريد الوصول في الميعاد لأنه سيشارك في سباق . أو سيؤدي امتحاناً . أو سيحضر اجتماعاً هاماً ، أو سيمضي عقداً ، أو سيتقدم في مزاد ، أو نحو ذلك من الأشياء العاجلة التي يجب أن تتم في وقت محدد ، فلا يكون أمين النقل مسئولاً عما يقع من ضرر لم يكن يتوقعه إذا وصل الراكب متأخراً عن الميعاد ، وإنما يكون مسئولاً عن الضرر الذى ينجم عن التأخر في الظروف المعتادة . أما إذا رجع عدم توقع الضرر لا إلى فعل المدين ولا إلى فعل الدائن ، بل إلى سبب أجنبي عنهما معاً ، فإن المعيار الموضوعى للشخص المعتاد هو الذى يطبق في هذه الحالة ، وينظر هل كان الشخص المعتاد في مثل هذه الظروف الخارجية يتوقع الضرر أو لا يتوقعه (١) .

المطلب الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

(Lien de causalité)

٤٥٤- **عبء الإثبات** : لا يكفي أن يكون هناك خطأ وضرر ، بل يجب

أيضاً أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر ، أى أن تكون هناك علاقة سببية

(١) أنظر انتقاداً لقاعدة قصر المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع في مازو ٣ فقرة ٢٣٩١ .

ما بين الخطأ والضرر . فقد يكون هناك خطأ من المدين . كما قد يكون هناك ضرر أصاب الدائن . دون أن يكون ذلك الخطأ هو السبب في هذا الضرر . مثل ذلك أن يقود عامل النقل المركبة التي ينقل فيها بضائع الدائن بسرعة أكبر مما يجب . ولكن البضائع كانت قابلة للكسر ولم يصفها صاحبها بحيث يأمن عليها من التلف حتى لو كان عامل النقل يسير بسرعة معتدلة . فتتكسر البضائع . فيكون الضرر الذي أصاب الدائن في هذه الحالة غير ناشئ من خطأ المدين بل من خطأ الدائن نفسه .

والمفروض أن علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر قائمة . فلا يكلف الدائن إثباتها . بل إن المدين هو الذي يكلف بنى هذه العلاقة إذا ادعى أنها غير موجودة . فعبء الإثبات يقع عليه لا على الدائن . والمدين لا يستطيع نفي علاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبي . وذلك بأن يثبت أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي . أو يرجع إلى خطأ الدائن . أو يرجع إلى فعل الغير . والنص صريح في هذا المعنى . فقد قضت المادة ٢١٥ بأنه « إذا استحال على المدين أن يتخذ الالتزام عيناً ، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه (١) .

٤٥٥ - إجماله: يبين مما تقدم أن السببية ركن مستقل عن الخطأ . وينعدم ركن السببية مع بقاء ركن الخطأ قائماً . إذا كان الضرر لا يرجع إلى الخطأ . بل يرجع كما قدمنا إلى سبب أجنبي . كذلك ينعدم ركن السببية حتى لو كان الخطأ هو السبب ولكنه لم يكن السبب المنتج ، أو كان السبب المنتج . ولكنه لم يكن السبب المباشر .

والكلام في السبب الأجنبي . وفي السبب المنتج والسبب المباشر ، نشترك فيه المسئولتان العقدية والتقصيرية . لذلك نرجى بحث هذه المسائل حتى نعرض للمسئولية التقصيرية ، فنستوفي هناك بحثها تفصيلاً .

(١) أنظر أيضاً المادة ١١٢٢ من القانون المدني الفرنسي .

الفصل الثالث

زوال العقد

٤٥٦- كيف يزول العقد : العقد يزول بالانقضاء (extinction) والاحلال (dissolution) والإبطال (annulation) .

فهو ينقضى بتنفيذ الالتزامات التي ينشأ . وهذا هو مصيره المألوف . ولكنه قد يزول قبل تمام تنفيذه . أو قبل البدء في تنفيذه ، فينحل . فالفرق إذن بين انحلال العقد وانقضائه أن الانحلال يكون قبل أن ينفذ العقد أو قبل أن يتم تنفيذه ، والانقضاء لا يكون إلا عند تمام التنفيذ .

وانحلال العقد غير إبطاله . كلاهما زوال (disparition) للعقد ، ولكن الانحلال يرد على عقد ولد صحيحاً ثم ينحل بأثر رجعى أو دون أثر رجعى ، أما الإبطال فيرد على عقد ولد غير صحيح ثم يبطل بأثر رجعى في جميع الأحوال . والعقد ، في حالة الإبطال وفي حالة الانحلال بأثر رجعى ، لا يزول فحسب ، بل يعتبر كأن لم يكن .

وقد رأينا فيما مر كيف يبطل العقد . ونبحث الآن كيف ينقضى وكيف ينحل .

٤٥٧- انقضاء العقد : يجب التمييز هنا بين العقد الفوري والعقد الزمنى .

فالعقد الفوري . ولو كان مؤجلاً للتنفيذ ، ينقضى بتنفيذ ما ينشأ عنه من الالتزامات . فالبيع مثلاً ينقضى بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتسليمه للعين ودفع الثمن والوفاء بالضمان وجميع الالتزامات الأخرى التي تنشأ عن العقد . وكل هذه الالتزامات ، عندما يحل وقت الوفاء بها ، تنفذ فوراً ، جملة واحدة أو على أقساط .

والعقد الزمنى انقضاؤه معقود بانقضاء الزمن . لأن الزمن كما قدمنا عنصر

جوهرى فيه . فالإيجار ينتهى بانتهاء المدة المحددة . فإذا لم تحدد له مدة انقضى بانتهائه من أحد المتعاقدين مع مراعاة ميغاد الإخطار الذى يعينه القانون أو الاتفاق . وكالإيجار الشركة وعقد العمل (١) .

٤٥٨ - انقضاء العقد : وينحل العقد قبل انقضائه . بل وقبل البدء فى تنفيذه فى كثير من الأحيان . باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون . فالانحلال باتفاق الطرفين هو التنايل (résiliation conventionnelle) . أما الأسباب التى يقررها القانون لانحلال العقد فأهمها الإلغاء بإرادة منفردة (résiliation unilatérale) والفسخ (résolution) .

٤٥٩ - التنايل : قد يتنايل المتعاقدان بأن يتفقا على إلغاء العقد . والتنايل يكون بإيجاب وقبول ، صريحين أو ضمنيين كما هو الأمر فى العقد الأصلى (٢) . والأصل أن التنايل ليس له أثر رجعى ، فيكون هناك عقدان متقابلان . فإذا تنايل المتبايعان البيع ، كان هناك عقد بيع أول من البائع إلى المشتري . يعقبه (١) أنظر فى الإيجار م ٥٦٣ ، وفى الشركة م ٥٢٩ ، وفى عقد العمل م ٦٩٤ فقرة ٢ - هذا وقد ينى العقد حتى بعد انتهاء مدته ، ويكون هذا إجراء استثنائياً يقضى به القانون فى ظروف استثنائية ، كما فى التصريمات الخاصة بقود إيجار المبانى عند اشتداد أزمة المساكن عقب حرب أو نحو ذلك . وقد ينقضى العقد حتى قبل انتهاء مدته بموت أحد المتعاقدين إذا روعيت شخصيته عند التعاقد ، كما فى الشركة والمزارعة والإيجار الذى تراعى فيه شخصية المستأجر .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن التنايل (التنايل) كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يكون بإيجاب وقبول ضمنيين ، وبحسب محكمة الموضوع إذا ما قالت بالفسخ الضمى أن تورد من الواقع والظروف ما اعتبرته كاشفاً عن إرادتى طرفى التعاقد ، وأن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان على حل العقد (نقض مدنى فى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمره رقم ٢٢٩ من ٤٧٠) . وقضت أيضاً بأن حصول التنايل من المسائل الموضوعية التى يستقل قاضى الموضوع بتقديرها ، فإذا كانت المحكمة قد استخلصت حصول التنايل من عبارات وارده فى أوراق الدعوى مؤدية إليه ، فلا سبيل عليها لمحكمة النقض . فإذا كان كل ما شرطه المشتري فى إنذاره البائع لقبول التنايل هو عرض الثمن المدفوع مع جميع المصاريف والمخالفات عرضاً حقيقياً على يد محضر فى ظرف أسبوع ، وكانت هذه العبارة لا تدل بذاتها على أن الإيداع أيضاً فى ظرف الأسبوع كان شرطاً للتنايل . وكان الثابت بالحكم أن المشتري تمكن بأن العرض لا يتحقق به فسخ البيع مستنداً فى ذلك إلى أن المبلغ المروض لم يكن شاملاً الرسوم التى دفعت توطئة للتسجيل دون أية إشارة إلى شرط الإيداع فى الأسبوع ، فإنه لا يجوز للمشتري أن يأخذ على الحكم أنه قد أخطأ إذ قال بصحة العرض فى حين أن إيداع المبلغ المروض لم يتم فى الأسبوع (نقض مدنى فى ١٥ أبريل سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمره رقم ٣٠١ من ٦٠١) .

عقد بيع ثان من المشتري إلى البائع . وقد يراضى المتبايعان على أن يكون للتقابل أثر رجعى ، فيعتبر البيع بهذا التقابل كأن لم يكن .
وسواء كان للتقابل أثر رجعى أو لم يكن له هذا الأثر . فهو على كل حال ، بالنسبة إلى الغير ثم بالنسبة إلى التسجيل . عقد ثان أعقب العقد الأول . ويرتب على ذلك إنه إذا كان العقد الذى حصل التقابل فيه قد نقل ملكية عين ورتب من انتقلت إليه الملكية حقوقاً للغير على هذه العين . فالتقابل لا يمس حقوق الغير . وترجع العين إلى مالكها الأصلي مثقلة بهذه الحقوق . كذلك يجب تسجيل التقابل كما سجل العقد الأصلي حتى تعود الملكية إلى صاحبها الأول .

٤٦٠-الإلغاء بإرادة منفردة : وقد يجعل القانون لأحد المتعاقدين

الحق فى أن يستقل بإلغاء العقد . نص القانون على ذلك فى عقود نذكر منها الوكالة والعارية والوديعة والمقاوله والقرض والإيراد المؤبد وعقد التأمين والهبة والشركة .

فى الوكالة . يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة (م ٧١٥) ، كما يجوز للوكيل أن يزل فى أى وقت عن التوكيل (م ٧١٦) .

وفى العارية ، يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل انقضاء العارية (م ٦٤٣ فقرة ٣) . ويجوز للمعير أن يطلب إنهاء العارية قبل انقضائها فى أحوال معينة (م ٦٤٤) .

وفى الوديعة . يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده ، وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسليم الشيء فى أى وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع (م ٧٢٢) .

وفى المقاوله . نرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه ، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفق من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل (م ٦٦٣ فقرة ١) .

وفى القرض ، إذا اتفق على الفوائد كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته فى إلغاء العقد ورد ما اقترضه . على أن يتم الرد فى

أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان ، وفي هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان (م ٥٤٤) .
وفي الدخل الدائم ، يجوز استبدال الدخل في أى وقت شاء المدين بعد انقضاء سنة على إعلانه الرغبة في ذلك (م ٥٤٦) . .

وفي عقد التأمين على الحياة ، يجوز للمؤمن له الذى ألزم بدفع أقساط دورية أن يتحلل في أى وقت من العقد بإخطار كتابي يرسله إلى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية ، وفي هذه الحالة تبرأ ذمته من الأقساط اللاحقة (م ٧٥٩) . ويجوز له أيضاً ، متى كان قد دفع ثلاثة أقساط سنوية على الأقل . أن يصنى التأمين بشرط أن يكون الحادث المؤمن منه محقق الوقوع ، هذا ما لم يكن التأمين مؤقتاً (م ٧٦٢) .

وفي الهبة ، يجوز للواهب أن يرجع إذا قبل الموهوب له ذلك ، وهذا يعتبر تقايلاً . فإذا لم يقبل الموهوب له ، جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع ، متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول . ولم يوجد مانع من الرجوع (م ٥٠٠ - ٥٠٣) . والرجوع في هذه الحالة الأخيرة أقرب إلى الفسخ ، لأنه يقع بترخيص من القضاء ويترتب عليه أن تعتبر الهبة كأن لم تكن .

وفي الشركة ، يجوز للمحكمة أن تقضى بحلها بناء على طلب أحد الشركاء لسبب خطير يسوغ الحل ، وهذا ضرب من الفسخ . كما يجوز لأى شريك إذا كانت الشركة معينة المدة أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة متى استند في ذلك إلى أسباب معقولة ، وفي هذه الحالة تتحل الشركة ما لم يتفق الشركاء على استمرارها (م ٥٣١) ، وهذا أيضاً ضرب من الفسخ لأنه لا يتم إلا بحكم القضاء (١) .

(١) وقد تضمن المشروع التهدي ثلاثة نصوص في إلغاء العقد ، حذفها لجنة المراجعة جيماً في المشروع النهائي لأنها تطبق لقواعد العامة ، ويمكن الاستغناء عنها بالمادة ٢١٣ من هذا المشروع (نظراً للمادة ١٤٧ من القانون الجديد) .
وهذه النصوص هي :

م ٢٢٥ من المشروع التهدي : لا يجوز إلغاء العقد إلا باتفاق المتعاقدين جيماً ، وذلك فيما عدا العقد الذى تنهى بموت أحد المتعاقدين .
م ٢٢٦ من المشروع التهدي : ١ - ومع ذلك يجوز أن ينفرد أحد المتعاقدين بإلغاء

٤٦١ - الفسخ ووقف التنفيذ : وفي العقود المأزومة للجانبين . إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب من القاضي فسخ العقد ، وللقاضى سلطة تقدير هذا الطلب (١) . ويجوز للمتعاقد أيضاً أن يقف تنفيذ العقد من جانبه حتى يقوم الطرف الآخر بالتنفيذ ، وهذا هو الدفع بعدم تنفيذ العقد .

ونقف عند الفسخ والدفع بعدم التنفيذ لأهميتهما . ونفصل ما يتعلق بهما من الأحكام .

= العقد إذا كان هذا الحق قد اشترط في العقد أو نص عليه في القانون . ٢ - فإذا كان من أعطى الحق في إلغاء العقد قد تمسك في استعمال هذا الحق جاز الرجوع عليه بالتعويض .
م ٢٢٧ من المشروع التمهيدي : إذا أُلغى العقد فلا ينتهي إلا من يوم انحلاله دون أن يكون لذلك أثر رجعى .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « والأصل أن إلغاء العقود لا يقع إلا براضى المتعاقدين ، فيجوز مثلاً إلغاء عقد الإيجار إذا كان عدد المدة قبل انقضاء الأجل المعلن له باتفاق المؤجر والمستأجر على ذلك ، ولكن يجوز أن يقع الإلغاء دون حاجة إلى الرضا في أحوال ثلاث : أولاً حالة العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقد ملحوظة لذاتها كالزراعة ، فيقع إلغاؤها بموت من كانت شخصيته محلاً للاعتبار . والثانية حالة العقود التي يحتفظ فيها أحد المتعاقدين لنفسه بحق الإلغاء ، فيكون له أن يلغى العقد بإرادته المنفردة ، ويكون للعائد الآخر أن يقتضى ما يجب له من التعويض عند إساءة استعمال هذا الحق . أما الحالة الثالثة فهي حالة العقود التي ينص القانون بصدها على تحويل حق الإلغاء بإرادة منفردة ، والأصل في هذه العقود أن تكون غير محددة المدة (كالشركة والإجارة) ، أو أن تكون قابلة للفسخ بطبيعتها (كالوكالة) ، ويقع الإلغاء في هذه الحالة بالإرادة المنفردة التي خولها القانون ذلك ، في غير إخلال بما يكون للعائد الآخر من حق في التعويض عند الإساءة في استعمال الحق » .

(أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ - ص ٣٣٢ في الهامش) .

هذا ويتبين مما قلناه من نصوص المشروع التمهيدي ومذكرته الإيضاحية أن إلغاء العقد بإرادة منفردة قد يكون مشروطاً في العقد ذاته ، لا آتياً من نص في القانون . فيستمد من له حق إلغاء العقد بإرادته المنفردة هذا الحق من اتفاق سابق . وهذا ضرب من التقابل يتم باتفاق إرادتين سابقتين مقرونتين بصور إرادة لاحقة . وبشروط فيه ألا يتصف صاحب حق الإلغاء في استعمال حقه .

(١) والفسخ هو انحلال للعقد بأثر رجعى ، ويختلف عن الإلغاء في أنه يتم عادة بحكم قضائي .

الفرع الأول

فسخ العقد (*)

٤٦٢- **الفسخ والمسئولية العقدية**: هناك اتصال بين الفسخ والمسئولية العقدية . فكلاهما جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدى . فإذا كان العقد ملزماً للجانبين جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد جزاء عدم تنفيذ المدين لالتزامه كما قدمنا . وجاز له أيضاً أن يطالب بالتعويض ، ولكن لا على أساس فسخ العقد بل على أساس استيقائه والمطالبة بتنفيذه عن طريق التعويض ، وهذه هي المسئولية العقدية التى فصلنا أحكامها فيما تقدم .

على أنه إذا صح لأحد المتعاقدين أن يحاسب الآخر على عدم القيام بالتزاماته إما من طريق الفسخ وإما من طريق المسئولية العقدية ، فإن الطريق الأول مفتوح دائماً حيث يسد الطريق الثانى فى بعض الأحوال . إذ يتفق أن يكون عدم قيام المدين بالتزامه إنما يرجع إلى سبب أجنبى لا يد له فيه ، فتنتفى مسئوليته العقدية ، ولكن يبقى الفسخ ، بل إن العقد فى هذه الحالة يفسخ بحكم القانون كما سنرى .

٤٦٣ - أساس نظرية الفسخ : وليست نظرية الفسخ بالنظرية التى

تبدى العقل القانونى ، فيسلم بها بادىء ذى بدء ، بل هو ثمرة تطور طويل . فقد كان القانون الرومانى بأبى التسليم بها . وكان العقد الملزم للجانبين فى هذا القانون ينشئ التزامات مستقلة بعضها عن بعض ، ولا تقابل بينها ، كما

(*) بعض المراجع : كايثان فى السبب — مقال ليكار (Picard) وبريدوم (Prudhomme)

فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩١٢ ص ٦١ — ص ١٠٩ — مقال للبريت (Lebrét) فى المجلة الاتفاذية سنة ١٩٢٤ ص ٥٨١ — مقال لكاسان (Cassin) فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٤٥ ص ١٥٩ — كاسان (Cassin) رسالة من باريس سنة ١٩١٤ — مورى (Maury) رسالة من تولوز سنة ١٩٢٠ — بوايه (Boyer) رسالة من تولوز سنة ١٩٢٤ — شيفرييه (Chevrier) رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ — ليلتييه (Lepeltier) رسالة من كان سنة ١٩٣٤ — كونستانتينسكو (Constantinesco) رسالة من باريس سنة ١٩٣٩ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٢٩ وما بعدها — الدكتور حلى بهجت بدوى فقرة ٣٢٤ وما بعدها — الدكتور أحمد حنمت أبو ستيت فقرة ٣٨٠ وما بعدها .

قدمنا في نظرية السبب . فإذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه . لم يكن أمام المتعاقد الآخر إلا أن يطالب بالتنفيذ . ولا يستطيع أن يتحلل هو من التزامه عن طريق الفسخ . ولكن الرومان بعد تطور أفسحوا لفكرة الفسخ محالاً ضيقاً في عقد البيع بعد أن أصبح هذا العقد رضائياً . فأدخلوا فيه شرطاً صريحاً يجعل الحق للبائع في فسخ البيع إذا لم يدفع المشتري الثمن (١) . وفي الفقه الإسلامي لا يُعرف الفسخ نظرية عامة . وإنما أعطى للبائع خيار النقد كشرط لفسخ البيع إذا لم يستوف الثمن . وكذلك فعل فقهاء القانون الفرنسي القديم ، فقالوا بجواز الفسخ حتى لو لم يوجد شرط صريح . ولكن الفسخ كان لا يتم إلا بحكم قضائي . وساعد على ذلك ظهور نظرية السبب في القانون الكنسي على النحو الذي قدمناه . وقد ربطت فكرة السبب ما بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين . لا عند تكوين العقد فحسب ، بل أيضاً عند تنفيذه ومن ثم يكون الفسخ . ثم أخذت فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة تبرز بوضوح على أيدي فقهاء القانون الطبيعي حتى أصبحت أمراً مسلماً ، وقامت نظرية الفسخ على أساسها . ولكن القانون المدني الفرنسي عندما نقل قاعدة الفسخ نقلها متأثرة بالصياغة الرومانية ، فذكر في المادة ١١٨٤ على أن الشرط الفاسخ مفهوم ضمناً في العقود الملزمة للجانبين في حالة ما إذا لم يتم أحد المتعاقدين بما في ذمته من التزام . وهو لم يرد هذا أكثر من أن يقرر القاعدة التي تقضي بجواز فسخ العقد إذا لم يتم المدين بالتزامه . أما ذكر الشرط الفاسخ فهو مجرد تشبيه حملته عليه الاعتبارات التاريخية التي قدمناها .

وليس صحيحاً أن أساس الفسخ هو نظرية الشرط الفاسخ الضمني . ولو صح هذا لترتب عليه أنه بمجرد عدم قيام المدين بالتزامه يتحقق الشرط فيفسخ العقد من تلقاء نفسه . وهذا غير صحيح لأن الفسخ لا يكون إلا بحكم قضائي أو باتفاق ، وللقاضى حق التقدير فيجب طلب الفسخ أو يرفضه ، وللمدين أن يقوم بتنفيذ العقد فيتوق الحكم بالفسخ ، وللدائن أن يعدل عن المطالبة بفسخ العقد إلى المطالبة بتنفيذه ، كل ذلك على النحو الذي سنبينه

فيما يلي (١) .

ولا نميل إلى اتخاذ نظرية السبب أساساً لنظرية الفسخ . كما تذهب جمهرة الفقهاء . ونؤثر ، كما بينا في نظرية السبب ، أن نجعل نظرية الفسخ مبنية على فكرة الارتباط (interdépendance) ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ، إذ أن طبيعة هذه العقود تقتضي أن يكون التزام أحد المتعاقدين مرتبطاً بالتزام المتعاقد الآخر فيبدو أمراً طبيعياً عادلاً أنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر أن يوقف هو من جانبه تنفيذ ما في ذمته من التزام ، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ ، أو أن يتحلل نهائياً من هذا الالتزام ، وهذا هو الفسخ (٢) .

٤٦٤ - مظهر البحث : والفسخ يكون بحكم القاضي ، وهذا هو الأصل . وقد يكون باتفاق المتعاقدين . ويكون في بعض الأحوال بحكم القانون ، ويسمى عند ذلك انقضاءً .

فنحن نبحث : (١) فسخ العقد بحكم القضاء (٢) فسخ العقد بحكم الاتفاق (٣) انقضاء العقد بحكم القانون .

المبحث الأول

الفسخ بحكم القضاء

٤٦٥ - مسائل مهمة : نتكلم في مسائل ثلاث : (١) شروط المطالبة بالفسخ (٢) كيف يستعمل حق الفسخ (٣) ما يترتب على الفسخ من أثر .

المطلب الأول

شروط المطالبة بالفسخ

٤٦٦ - النصوص القانونية : نصت المادة ١٥٧ من القانون المدني

(١) ومن ثم نرى أن استعمال عبارة « الشرط الفاسخ الضمني » و « الشرط الفاسخ الصريح » ، اللتين تردان كثيراً في لغة القضاء المصري وبخاصة في لغة محكمة النقض ، ليس بالعيب الدقيق .

(٢) فإن نظرية العقد لدولف فقرة ٦٣٣ .

الجديد على ما يأتي :

١ - في العقود الملزمة للجانبين . إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر . بعد إعداره المدين . أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه . مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض .

٢ - ويجوز للقاضي أن يمنع المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته (١) .

ولم يستحدث القانون الجديد شيئاً في هذا الموضوع . وقد كان القانون القديم ينص في المادتين ١١٧/١٧٣ على ما يأتي : « إذا امتنع المدين من وفاء

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢١٨ من المشروع التهدي على وجه يكاد يكون مطابقاً . وأقر في لجنة المراجعة مع تعديلات لفظية منهجية مطابقة ، وأصبح رقم المادة ١٦١ في المشروع النهائي . ووافى عليه مجلس النواب ، فاجتاز القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٥٧ ، فجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٩ - ص ٣٢٢) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في هذا الصدد ما يأتي : « يفرض الفسخ وجود عقد ملزم للجانبين يتخلف فيه أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه بطلب الآخر فسخه ، ليقال بذلك من تنفيذ ما التزم به . ويقع الفسخ بناء على حكم يقضى به أو بتراضي المتعاقدين أو بحكم القانون . وبذلك يكون الفسخ قضائياً أو اتفاقياً أو قانونياً على حسب الأحوال . في حالة الفسخ القضائي يتخلف أحد المتعاقدين عن الوفاء بالتزامه ، رغم أن الوفاء لا يزال ممكناً ، ويكون المتعاقد الآخر بالخيار بين المطالبة بتنفيذ العقد وبين طلب الفسخ ، على أن يكون قد أعذر المدين من قبل . فإذا اختار الدائن تنفيذ العقد وطلبه ، وهو يدخل في حدود الإمكان ، كما هو حكم لفرضه ، تعين أن يستجيب القاضي لهذا الطلب ، وجاز له أن يحكم بالتعويض إذا اقتضى الحال ذلك . أما إذا اختار الفسخ ، فلا يجبر القاضي على إجابته إليه ، بل يجوز له أن ينظر المدين إلى ميسرة إذا طلب النظر ، مع إلزامه بالتعويض عند الاقتضاء ، بل ويجوز له أن يقضى بذلك من تلقاء نفسه . وله كذلك ، ولو كان التنفيذ جزئياً ، أن يقتصر على تعويض الدائن عما تخلف عن تنفيذه إذا كان ماتم تنفيذه هو الجزء الأهم في الالتزام . على أن للقاضي أن يجيب الدائن إلى طلبه ويقضى بفسخ العقد مع إلزام المدين بالتعويض دائماً إن كان ثمة محل لذلك . ولا يكون التعاقداً ذاته ، في حالة الفسخ ، أساساً للإلزام بالتعويض إذ هو يندم انضماماً تاماً يستند أثره بفعل الفسخ ، وإنما يكون مصدر الإلزام في هذه الحالة خطأ المدين أو قصيره . على أن القاضي لا يحكم بالفسخ الا بتوافر شروط ثلاثة : أولاً أن يظل تنفيذ العقد ممكناً ، والثاني أن يطلب الدائن فسخ العقد دون تنفيذه ، والثالث أن يبقى الدين على تخلفه ، فيكون من ذلك مبرر لاقضاء بالفسخ . فإذا اجتمعت هذه الشروط تحققت بذلك ما ينسب إلى المدين من خطأ أو قصير . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٧ - ص ٣٢٨) .

ما هو ملزم به بالتزام . فللدائن الخيار بين أن يطلب فسخ العقد مع أخذ التضمينات ، وبين أن يطلب التضمينات عن الجزء الذى لم يقيم المدين بوفائه فقط .»

على أن نص القانون الجديد أكثر إحاطة بالموضوع وأوضح بياناً . ومنه يتبين أن هناك شروطاً ثلاثة يجب توافرها حتى يثبت للدائن حق المطالبة بفسخ العقد . اثنين منها يصرح بهما النص . والشرط الثالث تقتضيه طبيعة المطالبة بالفسخ . وهذه الشروط هى : (١) أن يكون العقد ملزماً للجانبين (٢) ألا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه (٣) أن يكون المتعاقد الآخر الذى يطلب الفسخ مستعداً للقيام بالتزامه من جهة . وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها إذا حكم بالفسخ من جهة أخرى .

§ ١ - لا يكون الفسخ إلا فى العقود الملزمة للجانبين

٤٦٧ - العقود الملزمة للجانبين هى وعدّها التى يرد عليها الفسخ بجميع أنواعه ، الفضاى والاذناتى والقانونى : أن يكون العقد ملزماً للجانبين هو شرط عام فى جميع أنواع الفسخ . سواء كان الفسخ بحكم القاضى أو بحكم الاتفاق أو بحكم القانون . ذلك أن الفسخ ، بأنواعه الثلاثة ، مبنى على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة كما قدمنا . وليس يوجد إلا العقود الملزمة للجانبين التى ينشأ عنها التزامات متقابلة . فهى وحدها التى تتوافر فيها حكمة الفسخ .

وقد قدمنا عند الكلام فى تقسيم العقد إلى عقد ملزم للجانبين وعقد ملزم لجانِب واحد أن بعض العقود التى كانت تعتبر عقوداً ملزمة لجانِب واحد فى عهد القانون المدنى القديم . كالعارية والقرض ورهن الحيازة ، يرد عليها الفسخ . وقدمنا أن الفقهاء اختلفت فى أمر هذه العقود مذاهب شتى . فمنهم من ينكر فيها حق الفسخ . ومنهم من يقره ولكن يسميه إسقاطاً (déchéance) لا فسخاً (résolution) . ومنهم من يقره على أنه فسخ ويذهب إلى أن حق الفسخ يكون فى العقود الملزمة لجانِب واحد . وعندنا أن الفسخ جائز فى هذه

العقود لأنها عقود ملزمة للجانبين حتى في عهد القانون المدني القديم . وقد سبق لنا بيان ذلك .

أما العقود التي لا يمكن أن تكون إلا ملزمة لجانب واحد . كالوديعة والكفالة إذا كانتا بغير أجر والهبة إذا كانت بغير عوض . فقد قدمنا أنه لا يمكن تصور الفسخ فيها . فإن طرفاً واحداً هو الملزم . فإذا لم يتم بتنفيذ التزامه لم يكن للطرف الآخر أية مصلحة في طاب الفسخ إذ ليس في ذمته أى التزام يتحلل منه بالفسخ . بل مصلحته هي في أن يطلب تنفيذ العقد .

٤٦٨ - وكل العقود الملزمة للجانبين يرد عليها الفسخ : وإذا كانت

العقود الملزمة للجانبين هي وحدها التي يرد عليها الفسخ ، فإن الفسخ من جهة أخرى يرد عليها جميعاً . وسرى أن العقد الزمى يرد عليه الفسخ بأثر يختلف عن أثر الفسخ في العقد الفورى .

. وقد كان القانون المدني القديم يستثنى عقداً واحداً ملزماً للجانبين يمنع فيه الفسخ هو عقد الإيراد المرتب مدى الحياة . فكانت المادتان ٥٨٨/٤٨٠ تنصان على أنه « يجوز لصاحب الإيراد في حالة عدم الوفاء أو عدم أداء التأمينات أو إعدامها أو إظهار إفلاس المدين بالإيراد أن يتحصل فقط على بيع أموال هذا المدين وتخصيص مبلغ من أثمانها كاف لأداء المرتبات المتفق عليها » (١) . فالدائن صاحب الإيراد لا يجوز له أن يطلب فسخ العقد إذا أحل المدين بالتزامه ، وليس له إلا المطالبة بالتنفيذ العيني ، فيبيع من أموال المدين ما يكفى ريع ثمنه لأداء المديت المتفق عليه . وقد كنا انتقدنا هذا النص في عهد القانون القديم (٢) ، ورأبنا نصاً غريباً يخرج على القواعد العامة دون سبب ظاهر . وقد نقله المشرع المصرى عن المشرع الفرنسى (٣) .

(١) أنظر أيضاً المادة ١٩٧٨ من القانون المدنى الفرنسى ، وهي لا تمنع الفسخ إلا في حالة عدم الوفاء بالإيراد دون الحالات الأخرى المذكورة في نص القانون المصرى القديم .

(٢) أنظر نظرية العقد المؤلف فقرة ٦٣٨ .

(٣) ويعمل الفرنسيون النص الذى ورد في قانونهم بتعليين كل منهما عل للنظر : (الأول) أن عقد الإيراد المرتب مدى الحياة عقد احتمال . فإذا سمحنا بفسخ العقد وإعادة الشيء إلى أصله ، وأمکن الدائن أن يرد إلى المدين ما قبضه من الإيراد ، فإذا يسترد المدين ؟ إذا اكتفى باسترداد رأس المال ، يكون قد حرم من جزء من الثمة المدة التي بقى فيها رأس المال عند المدين هو =

ومن أجل ذلك ورد القانون المدني الجديد قاطعاً في هذه المسألة . وقد رد عقد الإيراد المرتب مدى الحياة إلى القواعد العامة . ولم يمنع فيه الفسخ ، فنصت المادة ٧٤٦ على أنه « إذا لم يقيم المدين بالتزامه . كان للمستحق أن يطلب تنفيذ العقد . فإن كان العقد بعوض جاز له أيضاً أن يطلب فسخه مع التعويض إن كان له محل » .

وذهب القضاء الفرنسي إلى أن عقد القسمة لا يجوز فيه طلب الفسخ إذا لم يتم أحد المتقاسمين بتنفيذ التزامه من الوفاء بمعدل القسمة مثلاً . . وإنما يطالب المتقاسم الذي أحل بالتزامه أن ينفذ هذا الالتزام . ويريد القضاء الفرنسي من ذلك أن يحافظ على مصلحة بقية المتقاسمين الذين يضرهم نقص القسمة بالفسخ (١) . وهذا القضاء أيضاً محل للنظر . والأولى أن يترك الأمر لتقدير القاضي ، وهو الذي يغلب المصلحة الراجحة فيقضي بالفسخ أو لا يقضي ، وهذه هي القاعدة العامة في الفسخ فلا محل لاستثناء عقد القسمة منها (٢) .

§ ٢ - لا يكون الفسخ إلا إذا لم يتم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه

٤٦٩ - **عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي** : إذا كان عدم التنفيذ يرجع إلى استحالة سبب أجنبي ، فإن التزام المدين ينقضي فينقضي الالتزام

الفرق ما بين غلة رأس المال جميعه وغلة المقبوض من الإيراد . وإذا قيل إن الدائن يستحق ما قبضه من الإيراد ولا يسترد من رأس المال إلا بسنة ما بقي من عمره إلى ما انقضى منه منذ قبض الإيراد ، تعذرت معرفة الباقي من عمره إذ ليس لقانون الاحتمال أثر في حادث فردى — ولم تر هذا التعليل مقنعاً ، فن السهل عند فسخ العقد أن نجعل الدائن يرد ما قبضه من الإيراد مع فوائده القانونية ويسترد رأس المال مع فوائده القانونية ، وبذلك نعيد كل متعاقد إلى حالته الأصلية قبل التعاقد (فارت ما أورده في هذا الخصوص في نظرية العقد ص ٦٨٤ هامش رقم ١) . (والتعليل الثاني) أن الدائن يكون عادة في حاجة إلى الإيراد يؤثره على رأس المال ، ففيه ضمان لحاجته وأمن من تقلبات سعر الاستغلال فيما لو استرد رأس المال ، والفسخ يضيع عليه ذلك — ولكن هذا التعليل هو أيضاً غير مقنع ، فإن الفسخ إنما يكون جائزاً للدائن لا واجباً عليه ، فاعليه إذا رأى المصلحة في عدم الفسخ إلا أن يعدل عنه إلى طلب التنفيذ ، ويطلب الفسخ إذا كان في مصلحته كما إذا رأى أنه يستطيع أن يستغل رأس المال عند استرداده على وجه أكثر نفعاً .

(١) قضت فرنسا في ٩ مايو سنة ١٨٣٢ بحيره ٣٢ — ١ — ٣٦٧ .

(٢) على أن القضاء الفرنسي ذاته أجاز اشتراط جواز الفسخ في عقد القسمة (قضت فرنسا في

في ٦ يناير سنة ١٨٤٦ دالور ٤٦ — ١ — ١٦) .

المقابل له . وينسخ العقد لحكم القانون . وهذا ما سنعرض له بعد قليل .
ومن ذلك نرى أنه إذا أصبح التنفيذ مستحيلاً لسبب أجنبي خرجنا من نطاق الفسخ إلى نطاق الانقضاء (١) .

٤٧٠- **عدم التنفيذ برمجه إلى فعل المدين**: فيجب إذن أن يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى غير السبب الأجنبي ، بأن يكون التنفيذ العيني أصبح مستحيلاً بفعل المدين ، أو لا يزال ممكناً ولكن المدين لم يقم بالتنفيذ . في هذه الحالة يجوز للدائن أن يطالب بفسخ العقد . وقد رأينا أن المسؤولية العقدية تتحقق أيضاً في هذا الفرض : فيكون للدائن الخيار بين المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية أو المطالبة بفسخ العقد . بل يجوز أن يتفق المتعاقدان على أن العقد لا يفسخ عند عدم التنفيذ . وأن يقتصر الدائن على المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية .

٤٧١- **عدم التنفيذ الجزئي** : وإذا كان عدم التنفيذ جزئياً - ويعتبر في حكم عدم التنفيذ الجزئي أن يكون التنفيذ عيبياً - فلا يزال للدائن حق المطالبة بالفسخ . والقاضي في استعمال حقه في التقدير ينظر فيما إذا كان الجزء الباقي دون تنفيذ يبرر الحكم بالفسخ ، أو يكفي إعطاء مهلة للمدين لتكتملة التنفيذ . فإذا رأى القاضي أن عدم التنفيذ خطير بحيث يبرر الفسخ . بقي عليه أن يرى هل يتصى بفسخ العقد كله أو يقتصر على فسخ جزء منه مع بقاء الجزء الآخر . ويقضى بفسخ العقد كله إذا كان التزام المدين لا يحتمل التجزئة ، أو كان يحتملها ولكن الجزء الباقي دون تنفيذ هو الجزء الأساسي من الالتزام .
٣٩- لا يكون الفسخ إلا إذا كان الدائن مستعداً للقيام بالتزامه .

وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها

٤٧٢- **وجوب أنه يكون المراتمة مستعداً للقيام بالتزامه وأنه يكون**

من الممكن إعادة الشيء إلى أصله : ويجب أيضاً أن يكون الدائن طالب الفسخ

(١) أنظر في هذا المعنى محكمة مصر الوطنية في ١٠ مايو سنة ٢٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٦٧ - نفس فرنسي في ٥ مايو سنة ١٩٢٠ جازيت دي باليه ١٥ يونيو سنة ١٩٢٠ -
قارن نظرية العقد المؤقت من ٦٨٥ هامش رقم ١ والمراجع المشار إليها في هذا المكان .

مستعداً للقيام بالتزامه الذى نشأ من العقد الملزم للجانبين . فليس من العدل أن يخل هو بالتزامه ثم يطلب الفسخ لعدم قيام المدين بتنفيذ ما فى ذمته من التزام . أما إذا استحال على الدائن تنفيذ التزامه بسبب أجنبي ، فإن العقد يفسخ بحكم القانون انفساخه فيما إذا كانت الاستحالة فى جانب المدين .

ولما كان فسخ العقد من شأنه أن يعيد الشيء إلى أصله ، فلا بد للحكم بالفسخ أن يكون الدائن الذى يطلب ذلك قادراً على رد ما أخذ . فإذا كان قد تسلم شيئاً بمقتضى العقد ، وباعد من آخر . فالتزامه بالضمان يحرمه من حق المطالبة بالفسخ ، لأنه لا يستطيع أن ينزع الشيء من يد المشتري ليرده إلى من تعاقد معه إذ فى هذا إخلال بالتزام الضمان . وسنرى فى العقود الزمنية أن الفسخ فيها لا يمس ما سبق تنفيذه من هذه العقود . فليس من الضروري إذن للمطالبة بفسخها أن يرد ما سبق تنفيذه .

أما إذا كان المدين هو الذى استحال عليه أن يرد الشيء إلى أصله ، فإن ذلك لا يمنع من الفسخ ، ويقضى على المدين فى هذه الحالة بالتعويض (م ١٦٠) . وسيأتى بيان ذلك .

المطلب الثانى

كيف يستعمل حق الفسخ

٤٧٣- إعذار المدين : قضت الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ بأن الدائن ، حتى يطالب بفسخ العقد ، يعذر المدين مطالباً إياه بالتنفيذ . ولم يكن فى القانون القديم نص على الإعذار ، ومع ذلك كانت بعض المحاكم تقضى بضرورته (١) . على أن مجرد رفع الدعوى بالفسخ يعد إعذاراً (٢) .

وإعذار الدائن للمدين قبل المطالبة بالفسخ له على كل حال أهمية عملية فظهر فى أمرين : (١) يجعل القاضى أسرع استجابة لطلب الفسخ . (٢)

(١) محكمة الاستئناف الوطنية فى أول أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٧٨ ص ١٤٩ - محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٨ يناير سنة ١٩٩١ م ٣ ص ١٦٥ .

(٢) محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٣٠ يولية سنة ١٩٣٢ الحاماة ١٢ رقم ٩٥ م ٢١٦ - محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٢ مايو سنة ١٩٠٤ م ٢٦ ص ٤٠ .

ويجعله أقرب إلى الحكم على المدين بتعويض فوق الحكم بالفسخ (١) .
ويلاحظ أنه لا ضرورة لإعذار المدين قبل المطالبة بالفسخ إذا صرح المدين
كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه . أو إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير
مجد بفعل المدين بأن كان التنفيذ قد فات ميعاده أو بأن كان الالتزام هو
امتناع عن عمل شيء وعمله المدين (٢٠٠م) .

٤٧٤ - **صدور حكم بالفسخ** : ولا بد من رفع دعوى وصدور حكم
بفسخ العقد . ونص المادة ١٥٧ من القانون الجديد صريح في هذا المعنى .
وقضاء المحاكم في عهد القانون القديم مضطرد في وجوب صدور حكم
بالفسخ (٢) .

وهنا يتجلى الفرق ما بين الفسخ بحكم القضاء والفسخ بحكم الاتفاق .
ففي الفسخ بحكم الاتفاق (وكذلك الانقضاء بحكم القانون) يكون الحكم
مقررًا للفسخ لامتناعاً له . أما الفسخ بحكم القضاء فالحكم فيه منشئ للفسخ
ومن ثم تعتبر المطالبة بالفسخ في هذه الحالة من أعمال التصرف . وإذا رفع
الوصى دعوى بالفسخ بدون إذن المحكمة الحسبية كانت الدعوى غير مقبولة (٣) .

(١) محكمة الاستئناف المختلطة في ١٤ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٠ ص ٣٥٠ .
(٢) قضت محكمة النقض بأنه من المتفق عليه فقهاً وقضاء أن الشرط الفاسخ الضمني ،
كالأخر عن دفع الثمن في ميعاده ، لا يقتضى بذاته الفسخ ، بل لابد لفسخ العقد من حكم قضائي
بذلك ، وهذا الحكم يصدر بناء على طلب البائع لجواز اختياره تنفيذ العقد لا فسخه (٨ ديسمبر
سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٣ - أنظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الاستئناف
لوطية في ٩ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٢ - وفي ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٠
المحكمة ١١ رقم ٢٥ ص ٤٨ - محكمة الاستئناف المختلطة في ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢
ص ٢٦٢ - وفي ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٥٠٤ - وفي ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢
ص ٣٤ - وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٧ - وفي ١٩ يناير سنة
١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٨٧ - وفي ٤ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٢٣ .

(٣) استئناف مصر في ٢٨ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٨ رقم ٣٢٣ ص ٦٧١ .
وقضت محكمة النقض بأن شرط الفسخ الصريح وشرط الضمي يتغلطان طبيعة وحكمًا . فالشرط
فاسخ الضمي لا يستوجب الفسخ حتماً إذ هو خاضع لتقدير القاضي ، وللقاضي أن يجعل المدين
حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه ، بل المدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملاً قبل
أن يصدر ضده حكم نهائي بالفسخ . أما الشرط الفاسخ الصريح فهو فيما تقتضيه المادة ٣٣٤
من القانون المدني (القديم) موجب للفسخ حتماً ، فلا يملك معه القاضي إسهاله المشتري المتخلف عن
أداء الثمن ، ولا يستطيع المشتري أن يتفادى الفسخ بأداء الثمن أو عرضه مدافعة دعوى الفسخ =

٤٧٥ - الخيار بين الفسخ والتفويض : فإذا مارفع الدائن دعوى الفسخ ،

فإن الحكم بالفسخ لا يكون حتمياً ، بل يكون هناك خيار بين الفسخ والتفويض . وهذا الخيار يكون لسكل من الدائن والمدين والقاضى .

فالدائن بعد أن يرفع دعوى الفسخ له أن يعدل ، قبل الحكم ، عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ . كما أنه إذا رفع دعوى التنفيذ فله أن يعدل عنه إلى الفسخ (١) . على أنه لا يجوز الجمع بين الفسخ والتفويض في طلب واحد (٢) . كل هذا مالم يكن قد نزل عن أحد الطرفين ، ولا يعتبر مجرد رفعه الدعوى بطلب

عليه متى كان قد سبقها التنبه الرسمى الى الوفاء ، بل قد يكون الشرط الفاسخ الصريح موجباً للفسخ بلا حاجة إلى تنبيه إذا كانت صريحته في الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة إلى تنبيه ولا إنذار . وعلى ذلك فإنه إذا كانت محكمة الدرجة الأولى قد أطلت قضاءها بفسخ العقد على أن المشتري إذ قصر في الوفاء بجزء من الثمن كان البائع محقاً في طلب الفسخ بناء على الشرط الفاسخ الضمى المفترض في جميع العقود البادلية ، ثم جاءت محكمة الاستئناف فقالت إن الفسخ كان متفقاً عليه جزاء للتخلف عن أداء الثمن وأنه قد ثبت لها تخلف المشتري فهي تقرر

حق البائع في الفسخ نزولاً على الشرط الفاسخ الصريح عملاً بنص المادة ٣٣٤ مدنى (قديم) ثم لم تلبث أن قالت في آخر حكمها إنها تؤيد الحكم المستأنف لأسبابه وتأخذ منه أسباباً لحكمها ، فحكمها هذا يكون قد أقيم على أمرين واقعيين متغايرين لا يمكن أن يقوم حكم عليهما مجتمعين لاختلاف شرطى الفسخ الصريح والضمى طبيعة وحكماً ، وهذا تعارض في أسباب الحكم يعيه ويستوجب نقضه (نقض مدنى في ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٨ من ١٥٥) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الحكم الابتدائى قد بى الفسخ الذى قضى به على الشرط الضمى ، ثم جاء الحكم الاستئنافى مقاماً من ناحية على قيام شرط فاسخ صريح ومن ناحية أخرى على أسباب الحكم الابتدائى ، فإنه يكون متناقضاً لاختلاف حكم كل واحد من الشرطين عن حكم الآخر (نقض مدنى في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦ من ٣٥) — على أنه قد يجتم الفسخ بحكم القضاء والفسخ بحكم الاتفاق في عقد واحد . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان عقد البيع مذكوراً فيه أن البائع قد اشترط لمصلحة نفسه أن عدم دفع القسط الأول يجعل البيع لاغياً ، ورأت محكمة الموضوع أن هذا الشرط ليس معناه أن القسط الأول إذا دفع ولم تدفع الأقساط الباقية يكون البائع محروماً مما يحوله له القانون من طلب فسخ البيع عند عدم دفع المتأخر من الثمن ، بل إن هذا الحق ثابت له بنص القانون وفاق له من غير أى اشتراط في القيد بخصوصه ، فإن تفسيرها لا غبار عليه (نقض مدنى في ٢ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٩ من ٧٥٠) .

- (١) استئناف مختلط في ١٣ نوف سنة ١٩١٣ م ٢٦ من ١٣٧ — وفي ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ من ٩٦ — وفي ١٥ يناير سنة ١٩٢٩ م ٣٨ من ١٨٧ .
(٢) استئناف مختلط في ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ من ٩٦ وقد سبقت الإشارة إليه — وفي ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ من ٨٨ .

منهما نزولا منه عن الطلب الآخر (١) .

والمدين كذلك ، قبل النطق بالحكم النهائي . أن ينفذ التزامه فيتجنب الفسخ (٢) . ولا يبقى في هذه الحالة إلا أن يقدر القاضي ما إذا كان هناك

(١) والمحكمة الموضوع أن تقدر هل تعتبر الدبل الذي صدر من المدين نزولا عن أحد الطرفين ، كما إذا تقدم في توزيع المال للمدين ويراد أن يفهم من ذلك نزوله عن الفسخ : قض فرنسي في ١٦ مارس سنة ١٨٤٠ سيرة ٤٠ - ١ - ١٢١ - وكما إذا رضى ببيع صدر من المشتري منه فنزل بذلك عن حقه في المطالبة بفسخ البيع الأول : قض فرنسي في ١٥ مارس سنة ١٩٠٩ سيرة ١٩٠٩ - ١ - ٣٩١ - وكما إذا أجرى المشتري إصلاحات في العقار الذي اشتراه فنزل بذلك ضمنا عن حقه في طلب فسخ البيع : استئناف مختلط في ٣ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤٩ - وكما إذا طالب البائع المشتري بدفع الثمن وأخذ إجراءات تحفظية لذلك فنزل ضمنا عن الفسخ : استئناف مختلط في ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٦ و سبقت الإشارة إليه - وكما إذا تقدم البائع كدائن بالثمن في ثقلية المشتري فلا يجوز له يطلب استرداد الشيء المباع بعد ذلك : استئناف مختلط في ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٨٨ وقد سبقت الإشارة إليه .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يسوغ للمستأجر أن يقيم المحكم بفسخ الإيجار إذا عرض عرضاً حقيقياً دفع المبلغ المستحق قبل صدور الحكم النهائي (٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ١ ص ٢٨٣) . وقضت بأنه إذا طلب البائع من المحكمة فسخ البيع لعدم قيام المشتري بدفع ثمن البيع ، فللمشتري أن يتدارك فسخ البيع بدرس الثمن ، ولو بعد صدور الحكم عليه ، وإنما قبل اكتساب هذا الحكم قوة الشيء المحكوم به أو تأييده استئنافاً . وهذا الحق الذي للمشتري يرجع إليه بمجرد قبول المحكمة طلب التماس تقدم بعد حكمت ، ولو كانت المحكمة قد حكمت بالفسخ ، لأن قبول التماس يبعد إلى المحصوم حقوقهم التي كانت لهم قبل صدور الحكم المنقوض (٢٥ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٤٩ - أنظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الاستئناف الوطنية في ٩ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٢ - وفي ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣٩/٢ - محكمة الاستئناف المختلطة في ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١١٤) - على أن كثيراً من أحكام القضاء المختلط كان يذهب إلى عكس ذلك ، ولا يجعل المدين يتجنب الفسخ بأن ينفذ التزامه قبل صدور الحكم النهائي : استئناف مختلط في ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٥٨ - وفي ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٠١ - وفي ٩ يناير سنة ١٩١٨ جازيت ٨ رقم ١٠٩ ص ٤٧ - وفي ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧١ . ولكن محكمة النقض حسمت الأمر ، فقضت بأنه إذا كان الشرط الذي تضمنه العقد شرطاً فاسخاً ضمناً ، فللمشتري - لي أن يصدر الحكم النهائي بالفسخ - الحق في توقي الفسخ بدفع الثمن - وإذا كان المشتري يعرض على البائع باقي الثمن إلا عند رفعه الاستئناف عن الحكم الصادر بالفسخ ، فمن الخطأ أن تحمل محكمة الاستئناف البائع كل مصروفات الدرجتين في حكمها برفض دعوى الفسخ ، إذ هو كان محملاً في طلب الفسخ حتى انتفاء المشتري بهذا العرض ، فلا يلزم بمصروفات الدرجة الأولى ولا بمصروفات الاستئناف إلى وقت حصول الدرس (نفس مدني في ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥ ص ٥٨) .

محل للحكم بتعويض للدائن عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه . وما يساعد على الحكم بالتعويض أن يكون الدائن قد أعذر المدين قبل رفع الدعوى ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

كذلك القاضي ليس محتماً عليه أن يحكم بالفسخ . بل إن له في ذلك سلطة تقديرية . فقد يحكم بالفسخ إذا رأى الظروف تبرر ذلك . وقد لا يحكم به ويعطى المدين مهلة لتنفيذ التزامه (١) . وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك . كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته » . وما يحمل القاضي على الحكم بالفسخ أن يتضح له تعمد المدين عدم التنفيذ أو إهماله في ذلك إهمالاً واضحاً رغمًا من إعذار الدائن له قبل رفع الدعوى (٢) . وما يحمله على استبقاء العقد أن يكون ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته كما يقول النص (٣) . وما يحمله على إعطاء المدين أجلاً للتنفيذ أن يكون للمدين عذر في تأخره عن التنفيذ ، أو أن يكون الدائن لم يصبه إلا ضرر بسيط من جراء هذا التأخر (٤) ، أو أن يكون الضرر الدئي

(١) محكمة الإسكندرية الوطنية في ٢٧ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٩٤ — محكمة طنطا السككية في ١٩ يناير سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٣٥ من ٤١٨ — استئناف مخطئ في ٢٦ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ من ١٣٩ — وفي أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ٢٥٨ — وفي ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ من ٢٠٨ — وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ من ٤٣٧ — ومع ذلك أنظر استئناف مخطئ في ١٨ يولية سنة ١٨٩٠ م ٢ من ٣٥٠ — ولكن القانون الجديد صريح في جواز عدم استجابة القاضي لطلب الفسخ وإعطاء المدين مهلة لتنفيذ التزامه .

(٢) أو أن يكون الفسخ مشروطاً صراحة إذا تحققت ظروف معينة على وجه التحديد استئناف مخطئ في ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ من ٢٦) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا لم يتفق على شرط فسخ صريح ، وكان الفسخ مقابلاً على الشرط الفاسخ الضمني ، فإن محكمة الموضوع تملك رفض هذا الطلب في حالة الإخلال الجزئي إذا ما بان لها أن هذا الإخلال هو من قلة الشأن بحيث لم يكن يستأهل في قصد العاقدين فسخ العقد . وسادة المحكمة في استخلاص هذه النتيجة مطلقة لا مقبولة عليها (نقض مدني في ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٧ من ٤٩٨) .

(٤) استئناف مخطئ في أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ٢٥٨ (ولم يندلم المشتري السندات ، ولكن ذلك لم يصبه بضرر ما وكان في إمكانه تسليها) — وفي ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ من ٨ (أراد البائع لأرض انتهاز فرصة أن المشتري تأخر قليلاً عن دفع جزء من أرباح الصفقة بعد أن ارتفع عن الأراضي) .

أصاب الدائن إنما نجم عن فعله هو لا عن فعل المدين (١) . ولا يمنع القاضي أن يعطى مهلة للمدين أن يكون الدائن قد أعذره قبل رفع الدعوى (٢) . وإذا أعطى المدين مهلة وجب عليه القيام بتنفيذ الالتزام في غضون مهلة ، وليس له أن يتعدها . بل ليس للقاضي أن يعطيه مهلة أخرى (٣) . ويعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بعد انقضاء المهلة حتى لو لم ينص القاضي في حكمه على ذلك (٤) . وهذا بخلاف الأجل الذي يمنحه القاضي في دعوى التنفيذ ، فإنه يجوز للقاضي في هذا الصدد - طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ - في حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص في القانون . أن ينظر المدين

(١) وإذا كان هناك خطأ في جانب كل من الطرفين ، فقد يدعو ذلك القاضي إلى عدم الحكم بالفسخ والاكتفاء بالتعويض (استئناف مختلط في ٣ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٢٠) . وقد يخطئ المدين في تفسير العقد فيتأخر وهو حسن النية عن تنفيذ التزامه ، فلا يكون هذا التأخر مبرراً للفسخ (محكمة مصر المختصة الجزئية في أول فبراير سنة ١٩١٣ جازيت ٣ ١٧٣ ص ٩٠) .

(٢) وللقاضي إذن سلطة التقدير ، فله أن يفسخ العقد ، وله أن يعطى المدين مهلة لتنفيذ التزامه . وسلطته هذه مسألة موضوعية لا موقف عليها من محكمة التمس . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن فصل محكمة الموضوع في صدد كتابة الأسباب لفتح التعاقد أمر موضوعي خارج عن رقابة محكمة النقض . فلا تترتب عليها إذا هي رأت أن عدم تنفيذ أحد الالتزامات لا يوجب فسخ التعاقد ، وبينت الأسباب التي استندت إليها في ذلك (قض مدني في ١٨ مايو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٥ ص ٥٦٦) . وقضت أيضاً بالألا يكون الشرط الفاسخ مقتضياً الفسخ حتماً إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ عند تحققه بغير حاجة إلى تنبيه أو إنذار أما الشرط الضمني الفاسخ فلا يلزم القاضي به ، بل هو يخضع لتقديره . فللقاضي ألا يحكم بالفسخ ، وأن يمكن الملتزم من الوفاء بما تعهد به حتى بعد رفع الدعوى عليه بطلب الفسخ (قض مدني في ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٣ ص ١٠٨٦) . وقضت أخيراً بأنه لا كان القانون لا يوجب على القاضي في خصوص الشرط الضمني أن يقضى به ، إنما خوله سلطة تقديرية ، فله أن يحكم به ، وله أن يعطى المدين مهلة لقيام بتنفيذ الالتزام في غضون مهلة ، وإلا اعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه (قض مدني في ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ١٥٥ سنة ١٨ قضائية لم ينشر - أظن أيضاً قض مدني في ٨ يونيو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥١ ص ٤١٩ - وفي ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٢ ص ٧١٢) .

(٣) على أنه يجوز إعطاء مهلة ثانية إذا كانت المهلة الأولى أعطيت في دعوى بالتنفيذ لاني دعوى بالفسخ (قض فرنسي في ١٨ يناير سنة ١٩٢٩ جازيت دي باليه ١٩٢٩ - ١ - ٤٩٧) . (٤) قض مدني في ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ طعن رقم ١٥٥ سنة ١٨ قضائية وقد سبقت الإشارة إليه - استئناف مختلط في ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٣٠ .

إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزام، إذا استدعت حاله ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم (١) .

٤٧٦ - **نقادم دعوى الفسخ** : ودعوى الفسخ ليست لها مدة خاصة تنقادم بها . فتقادمها إذن يكون بخمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق بالفسخ ، ويكون ذلك عادة عند الإعذار ، طبقاً للقواعد العامة في التقادم المستقط . وهذا بخلاف دعوى الإبطال ، فقد رأينا أنها تنقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال (٢) .

المطلب الثالث

ما يترتب على الفسخ من أثر .

٤٧٧ - **النصوص القانونية** : نصت المادة ١٦٠ من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

« إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد . فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض (٣) » .

(١) ونرى من ذلك أن القاضى يجوز له أن ينظر المدين إلى آجال ، أى إلى أجل بعد أجل ، إلى أجل واحد .

(٢) ويوجد بين الفسخ والإبطال ، إلى جانب هذا الفرق ، فرقان آخران : (١) يرجع سبب الفسخ إلى عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، ويرجع سبب الإبطال بوجه عام إلى قس في الأهلية أو عيب في الإرادة (ب) فسخ العقد موكول إلى تقدير القاضى كما بينا ، أما إذا توافر سبب الإبطال فالقاضى ليست له سلطة تقديرية ولا يملك إلا الإبطال .

(٣) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المادة ٢٢١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

١٥ - إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان ذلك مستحيلا استبدلا به تعويض يعادله . ٢ - على أن فسخ العقود النافذة للملكية لا يضر بالغير حسن النية إذا ترتب له حق على عقار قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية من النص اكتفاء بورود حكمها في نص عام في التسجيل هو المادة ١٣٧ ، وأدخلت تعديلات لفظية على العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى ، فصارت كالآتي : فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض معادل ، وأصبح رقم المادة ١٦٤ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ بعد حذف كلمة « معادل » الواردة آخر النص نفيًا لشبهة الانحياز إلى تقرير حكم بخلاف القواعد العامة في التعويض ، وأصبح رقم النسخة ١٦٠ ، ثم نحاس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٦ - ص ٣٣٠) =

وبلاحظ أن هذا النص عام . بين ما يترتب على الفسخ من أثر ، سواء كان الفسخ بحكم القاضى أو بحكم الاتفاق أو بحكم القانون . وبين من النص أيضاً أنه إذا حكم القاضى بفسخ العقد فإن العقد ينحل ، لا من وقت النطق بالحكم فحسب ، بل من وقت نشوء العقد . فالفسخ له أثر رجعى ، ويعتبر العقد المنسوخ كأى لم يكن . ويسقط أثره حتى فى الماضى . وإذا كان هذا مفهوماً فى الفسخ بحكم الاتفاق أو بحكم القانون ، حيث يقتصر الحكم على تقرير أن العقد منسوخ ولا ينشئ الفسخ . فإنه أيضاً مفهوماً فى الفسخ بحكم القاضى ولو أن الحكم هنا منشئ للفسخ لا مقرر له . ولا يوجد ما يمنع من أن يكون الحكم منشئاً للفسخ وأن يكون له أثر رجعى ، فالحكم بالشفعة حكم منشئ . ولكنه ينقل ملكية العقار المشفوع فيه من وقت البيع لا من وقت النطق بالحكم .
والحكم بالفسخ له هذا الأثر الرجعى فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير .

٤٧٨ - أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين : ينحل العقد ويعتبر كأن لم يكن . وتجب إعادة كل شيء إلى ما كان عليه قبل العقد .

فإذا كان العقد بيعاً وفسخ ، رد المشتري المبيع إلى البائع ، ورد البائع الثمن إلى المشتري . ويرد المبيع بشمراته والثن بفوائده القانونية ، وذلك كله من وقت المطالبة القضائية طبقاً للقواعد العامة (١) . واسترداد كل متعاقد لما

= وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : ويترتب على الفسخ قضائياً كان أو اتفاقياً أو قانونياً ، انعدام العقد انعداماً يستند أثره ، فيعتبر كأن لم يكن . وهذا يعود المتعاقدان إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد فيرد كل منهما ما تسلم بتقضى هذا العقد ، بعد أن تم فسخه . وإذا أصبح الرد مستحيلاً وجب التعويض على المزم وفقاً للأحكام الخاصة يدفع غير المستحق . ومع ذلك فقد استثنى المشروع من حكم هذه القاعدة صورة خاصة تعرض فى فسخ العقود النافذة للملكية المقاربات ، فنص على أن هذا الفسخ لا يضر بالتبر حسن النية إذا كان قد تلقى من الماقد الذى آلت إليه ملكية العقار بتقضى العقد المنسوخ حقاً على هذا المقار قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ (أنظر المادة ٣٧٥ من المشروع) . ومؤدى هذا أن يظل حق الغير قائماً ، ويرد العقار مثلاً به ، رغم فسخ العقد النافذ للملكية . وغنى عن البيان أن هذا لا سناء يكفل قطعاً معقولا من الحماية للغير حسن النية ، وبهيك بذلك للتعامل ما يخلق به من سباب الاستقرار . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٩) .

(١) هذا وقد تضمن المشروع التمهيدى نصاً ، هو المادة ٢٢٤ من هذا المشروع ، ويقضى إذا انحل العقد بسبب الإعلان أو الفسخ أو بأى سبب آخر ، وتعين على كل من المتعاقدين =

أعطاه إنما يكون على أساس استرداد ما دفع دون حق. كما رأينا في البطلان ويسترد المتعاقد ما أعطاه لا ما يقابله (١).

وإذا بنى المشتري أو غرس في العين المبيعة طبقت القواعد العامة (م ٩٢٤ - ٩٢٥)، ويعتبر المشتري في هذا الخصوص حسن النية أو سيئها تبعاً لما إذا كان الفسخ حكماً به له أو عليه (٢).

وإذا هلك المبيع، وكان المشتري هو الذي يطالب بالفسخ، لم يجب إلى طلبه إذ تتعذر عليه إعادة الشيء إلى أصله كما قدمنا، ولكنه يستطيع المطالبة بتعويض على أساس المسؤولية العقدية. أما إذا كان البائع هو الذي يطالب بالفسخ، وهلك المبيع في يد المشتري، فإن كان الهلاك بخطأ المشتري حكم عليه بالتعويض، وقد قضت المادة ١٦٠ بأنه إذا استحال الرد حكم بالتعويض كما رأينا. فإذا كان الهلاك بسبب أجنبي، وطبقت قواعد دفع غير المستحق في هذه الحالة كما طبقناها في حالة البطلان، وجب القول بأن المشتري وقت ن تسلم المبيع، والعقد قائم لم يفسخ، كان حسن النية، فلا يكون مسئولاً عن هلاك المبيع إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة، كما إذا انتفع بأنقاض منزل في بناء منزل آخر. وللبائع أن يسترد الشيء التالف في الصورة التي آل إليها دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف. غير أنه لا يتصور أن البائع يبقى على طلب الفسخ بعد أن يعلم أن المبيع قد هلك بسبب أجنبي، فخبر له في هذه الحالة أن يستبقى البيع، فيطالب بالتأمين، وبذلك يتحمل المشتري تبعه الهلاك (٣).

— أن يرد ما استولى عليه، جاز لكل منهما أن يجبر مأخذه ما دام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما تلمه منه، أو يقدم ضماناً لهذا الرد وذلك طبقاً للقواعد المقررة في حق الحبس. وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص لأنه تطبيق للقاعدة في حق الحبس. (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ في الهامش) — فإذا اعتبرنا أن التزام البائع برد الثمن قد ترتب في ذمته بسبب التزام المشتري برد المبيع وارتبط كل التزام بالآخر (م ٢٤٦)، كان لكل من الطرفين أن يجبر ما يده حتى يسترد ما يده الآخر. ويكون هذا صحيحاً أيضاً في حالة البطلان.

(١) استئناف مختلط في ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٤.

(٢) استئناف مختلط في ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٧٠ — وفي ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ٢١٨ ص ١٣٨ — حلى عيسى باها في البيع فقرة ١٦٤٨ — يجب الهلال باشا في البيع فقرة ٧٠٠ ص ٤٨١.

(٣) قارن نظرية النقد للمؤلف فقرة ٦٥٦ — وإذا استبقى المشتري البيع في يده بعد فسخ البيع ولم يقبل رده فأصبح سيئ النية، ثم هلك المبيع بسبب أجنبي، وجب على المشتري أن يرد =

وللدائن الذى أجيب إلى فسخ العقد أن يرجع بالتعويض على المدين إذا كان عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه راجعاً إلى خطئه، لإهمال أو تعدد^(١). والتعويض هنا يبنى على المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية ، فإن العقد بعد أن فسخ لا يصلح أن يكون أساساً للتعويض. وإنما أساس التعويض هو خطأ المدين ، ويعتبر العقد هنا واقعة مادية لا عملاً قانونياً كما في البطلان. أما العاقد الذى لم يقم بتنفيذ التزامه فليس له أن يطالب بالتعويض^(٢) . وإذا كان ما طلبه الدائن هو تنفيذ العقد لا فسخه . جاز الحكم له بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية كما قدمنا ، لأن العقد في هذه الحالة بقى قائماً ولم يفسخ . فيصح إذن للدائن أن يحصل على تعويض ، إما مع بقاء العقد على أساس المسؤولية العقدية ، وإما بعد فسخ العقد على أساس المسؤولية التقصيرية . وهذا هو ما عنته الفقرة = البائع قيمة المبيع وقت الهلاك ، إلا أن ثبت أن المبيع كان يهلك حتى لو كان قد رد إلى البائع وقت الفسخ (م ٩٨٤) . وهذا هو الحكم في استرداد ما دفع دون حق إذا هلك في يد من تلهم وهو سىء النية .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه • يفسخ حتماً عقد البيع باستحالة تنفيذه، يستوى في ذلك أن تكون الاستحالة بتقصير المشتري أو بتقصير البائع . ولا يبقى بعد إلا الرجوع بالتضمينات من أحد العاقدين على الآخر . فإذا كان المشتري قد أندر البائع له وكلفه بالمضور أمام الموقر للتوقيع على عقد البيع فلم يحضر ، ثم رفع عليه دعوى لإثبات التعاقد بينها ليقوم الحكم فيها مقام عقد رسمي قبل للسجل ، وبسبب مطل المدعى عليه وتسوية لم يحكم نهائياً للمدعى إلا بعد نزع الملكية جبراً ورسو مزاده بالفعل على الدائن المرتين ، فإن هذا يكفي لإثبات أن استحالة تنفيذ عقد البيع وعدم إمكان الوفاء جاء بعد تكليف المشتري للبائع رسماً بالوفاء بالتزامه ، مما يفسخ به البيع حتماً من تاريخ نزع الملكية ، ويجعل البائع مسئولاً عن النتائج التي ترتبت على هذا الفسخ من رد الثمن مع التضمينات . فإذا حكمت المحكمة في هذه الحالة برفض طلب المدعى بالتضمينات ، واسترداد ثمن المبيع استناداً إلى قيام الحكم الصادر بصحة التعاقد مع سقوط هذا الحكم لخروج المبيع جبراً من ملك البائع ، كان حكماً خاطئاً متعيناً نقضه • (نقض مدنى في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٨ ص ٤٤٢) .

والحكم فيما قضى به صحيح ، لأن البائع في القضية هو المقصر بعد أن كلف بالوفاء رسماً ، ولم تنزع الملكية جبراً عنه إلا بعد هذا التكليف . فالعقد يفسخ عليه ويلتزم بالتعويض . ولكن الذى يؤخذ على الحكم أنه قرر في قاعدة عامة أن العقد يفسخ باستحالة التنفيذ ولو كانت الاستحالة راجعة إلى تقصير المشتري . وقد رأينا أن الاستحالة إذا رجعت إلى تقصير المشتري ، كان للبائع أن يطالبه بالتعويض إما على أساس المسؤولية العقدية ، وفي هذه الحالة يبقى العقد قائماً ، وإما على أساس فسخ العقد مع التعويض .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن فسخ العقد بسبب خطأ أحد العاقدين لا يجعل له الحق في المطالبة بتعويض (نقض مدنى في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ مجموعة عم ١ رقم ٢١٥ ص ٥٢٠) .

الأولى من المادة ١٥٧ حين قضت بأن للدائن أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى .
 وإذا كان العقد زمنياً ، كالإيجار ، وفسخ ، لم يكن لفسخه أثر رجعي ، لأن طبيعة العقود الزمنية تستعصي على هذا الأثر . ذلك أن العقد الزمني يقصد الزمن فيه لذاته ، فالزمن معقود عليه ، وما انقضى منه لا يمكن الرجوع فيه (١) . ويترتب على ذلك أن المدة التي انقضت من عقد الإيجار قبل فسخه تبقى محتفظة بآثارها . ويبقى عقد الإيجار قائماً طول هذه المدة ، ويعتبر العقد مفسوخاً من وقت الحكم النهائي بفسخه لا قبل ذلك . وتكون الأجرة المستحقة اثنى المدة السابقة على الفسخ لها صفة الأجرة لا التعويض (٢) . فيبقى لها ضمان متياز المؤجر (٣) .

وليس فيما قررناه إلا تطبيق للقواعد العامة . وقد نحرينا أن نطبق هذه القواعد في حالة الفسخ كما طبقناها في حالة البطلان (٤) .

٤٧٩- أثر الفسخ بالنسبة إلى الغير: ينحل العقد بالنسبة إلى الغير بأثر رجعي أيضاً . فإذا كان العقد بيعاً ، وباع المشتري العين إلى مشتري ثان أو

(١) أنظر في هذا الذي رسالة الدكتور عبد الحمى حجازى في عقد المدة من ١٨٩ — من ٢٠٠ ، وما أشار إليه من أحكام القضاة الفرنسي والمصري ومن أقوال الفقهاء . وقارن نظرية العقد المؤلف لفقرة ٦٥٦ — وقارن أيضاً محكمة استئناف مصر الوطنية في ٢٩ يونية سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٩٨ من ١٣١ .

(٢) أنظر في تقرير التعويض عن فسخ العقد الزمني رسالة الدكتور عبد الحمى حجازى في عقد المدة من ٢٠٠ — من ٢٠٩ .

(٣) وهذا بخلاف إبطال العقد الزمني ، فإن العقد يعتبر كأن لم يكن بالإبطال ، ويكون المستحق من المدة السابقة على الحكم بالإبطال تعويضاً لا أجرة ، فلا يكفله امتياز المؤجر ، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في البطلان .

(٤) ودعوى الفسخ كدعوى الإبطال دعوى شخصية ، لا يطلب فيها إلا الحكم بفسخ العقد . فإذا اقترنت بطلب رد الشيء كانت الدعوى شخصية أيضاً ، لأن الطلب يكون مبنياً على التزام شخصي هو رد ما تسلمه الدين دون حق كما قدما .

وبلاحظ أن دعوى الفسخ من شأنها أن تجعل الدائن في مقام الدائن المتأثر من الناحية العملية . ذلك لأنه يترد ما أعطاه دون أن يشترك معه فيه بقية دائني الدين ، فهو متميز من هذه الناحية ، بعكس ما إذا اتصرت على طلب تنفيذ العقد ، فإنه يصبح في هذه الحالة كبقية الدائنين ، ويشترك هؤلاء معه شركة غرامه . فدعوى الفسخ والمقاصة والحق في الحبس وحق الامتياز ، كل هذه تخدم غرضاً عملياً واحداً .

رتب عليها حقاً عينياً كحق ارتفاق أو حق انتفاع . ثم طالب البائع بفسخ البيع وأجيب إلى طلبه . رجعت العين إليه خالية من هذه الحقوق .

على أنه يجب . للوصول إلى هذه النتيجة . تسجيل دعوى الفسخ على غرار تسجيل دعوى البطلان . وقد نصت المادة ١٥ من قانون الشهر العقاري على أنه « يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف الذي تضمه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً . كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع . فإذا كان المحرر الأصلي لم يشهر تسجيل تلك الدعاوى » . وتنص المادة ١٧ من هذا القانون على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل تلك الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما » .

ويتبين من ذلك أن الغير إذا تلقى حقاً عينياً بعد تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بها ، فإن حقه يزول بفسخ العقد ، سواء كان سبب النية أو حسناً . أما إذا تلقى الحق العيني قبل تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بها ، بأي سبب من أسباب كسب الحقوق العينية ، فإن حقه يزول إذا كان سبب النية ، ويبقى إذا كان حسن النية .

وقد ورد نص خاص لمصلحة الدائن المرتهن رهناً رسمياً ، هو المادة ١٠٣٤ ، وتقضى بأنه « يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن » . ويعتبر هذا النص تطبيقاً خاصاً للقاعدة العامة التي وردت في المادة ١٧ من قانون الشهر العقاري .

وقد سبق بيان كل ذلك في البطلان ، والفسخ مثل البطلان في الأثر .

المبحث الثاني

الفسخ بحكم الاتفاق

٤٨٠- النصوص القانونية : نصت المادة ١٥٨ من القانون المدنى الجديد

على ما يأتى :

« يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه . وهذا الاتفاق لا يعنى من الإعذار ، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه (١) . ولا يقابل هذا النص فى القانون القديم إلا نص ورد فى عقد البيع ، هو المادتان ٣٣٤/ ٤١٦ ، جرتا على النحو الآتى :

« إذا اشترط فسخ البيع عند عدم دفع الثمن ، فليس للمحكمة فى هذه الحالة أن تعطى ميعاداً للمشتري ، بل يفسخ البيع إذا لم يدفع المشتري الثمن بعد التنبيه عليه بذلك تنبيهاً رسمياً ، إلا إذا اشترط فى العقد أن البيع يكون مفسوخاً بدون احتياج إلى التنبيه الرسمى » .

ولم يستحدث القانون الجديد فى هذا الصدد شيئاً إلا أنه عمم القاعدة التى

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢١٩ من المشروع التيمدى على وجه يكاد يكون مطابقاً لولا بعض خلاف لفظى . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٦٢ من المشروع التهاى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ بتعديل لفظى جله مطابقاً للنص الوارد فى القانون الجديد ، تحت رقم المادة ١٥٨ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٢ - ٣٢٣) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التيمدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما الفسخ الاتفاقي فيفترض اتفاق المتعاقدين على وقوع الفسخ بحكم القانون دون حاجة إلى حكم قضائى عند التغلف عن الوفاء . ويقضى مثل هذا الاتفاق إلى حرمان الماقد من ضمانتين : (١) فالعقد يفسخ حتما دون أن يكون لهذا الماقد ، بل ولا للقاضى ، خيار بين الفسخ والتفويض . (ب) يقع الفسخ بحكم الاتفاق دون حاجة للقاضى . على أن ذلك لا يجيل المدين من ضرورة التزامه إلى القضاء عند منازعة المدين فى واقعة تنفيذ العقد . بيد أن مهمة القاضى تقتصر ، فى هذه الحالة ، على التثبت من هذه الواقعة ، فإذا تحققت لديه صحتها أبقى على العقد ، وإلا قضى بالفسخ . على أن حرمان المدين من هاتين الضمانتين لا يفسط عنه ضمانه أخرى ، تتمثل فى ضرورة الإعذار ، ما لم يتفق للمتعاقدان صراحة على عدم لزوم هذا الإجراء أيضاً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٨) .

وردت في عقد البيع . وهذا ما كان القضاء المصري يجري عليه من قبل دون حاجة إلى نص .

٤٨١ - من بكونه الانقاص على الفسخ - التدرج في هذا الانقاص:

قد يتفق المتعاقدان على فسخ العقد عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزام . فإذا تم هذا الاتفاق بعد أن يخل المتعاقد بالتزامه فعلا - يقع ذلك غالباً في رد إجراءات التقاضي بأن يرفع الدائن دعوى الفسخ فيعلنه المدين بقبول الفسخ قبل صدور حكم في الدعوى - كان هذا بمثابة تقايل ذي أثر رجعي (١) . ويحل الاتفاق في هذه الحالة محل الحكم وله أثره ، ما لم يكن هناك توافق بين المتعاقدين للإصرار بحقوق الغير (٢) . ولكن الغالب في العمل أن المتعاقدين يتفقان على الفسخ مقدماً وقت صدور العقد .

وقد أظهر العمل أن المتعاقدين يتدرجان في اشتراط الفسخ وقت صدور العقد . فأدنى مراتب هذا الشرط هو الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته . وقد يزيدان في قوة هذا الشرط بأن يتفقا على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه . بل قد يتدرجان في القوة إلى حد الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم . ثم قد يصلان إلى الذروة فيعتقان على أن يكونا لعقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إنذار أو دون حاجة إلى إنذار . ونبحث الآن في حكم كل شرط من هذه الشروط ، مستهدين في ذلك بما جرى عليه القضاء في عهد القانون القديم ، إذ لم يغير القانون الجديد من ذلك شيئاً كما قلنا .

٤٨٢ - الانقاص على أنه بكونه العقر مفروضاً: حكم هذا الشرط يتوقف

على نية المتعاقدين . فقد يكونان أراداه تختيم الفسخ إذا أخل للمدين بالتزامه ،

(١) استئناف مخطوط في ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ من ٢٣ .

(٢) استئناف مخطوط في ١٨ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ من ١٢٦ - وهذه هي الدعوى البرلوسية . أما إذا كسب الغير حقا عينيا قبل تسجيل دعوى الفسخ وكان حسن النية ، فإن حقه يبقى نافذاً قبل الدائن بالرغم من الفسخ حتى لو لم يكن هناك توافق ، وقد تقدم بيان ذلك .

فيتحتم على القاضي في هذه الحالة أن يحكم بالفسخ . ولكن هذا لا يعنى عن رفع الدعوى بالفسخ ولا عن الإعتذار (١) .

إلا أنه من الصعب استخلاص نية كهذه من مجرد ورود شرط على هذا النحو . والغالب أن المتعاقدين لا يريدان بمثل هذا الشرط إلا أن يقررا في ألفاظ صريحة القاعدة العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ . وعلى ذلك لا يعنى الشرط عن الإعتذار . ولا عن الالتجاء للقضاء للحصول على حكم بالفسخ . ولا يسلب القاضي سلطته التقديرية . فلا يتحتم عليه الحكم بالفسخ ، وله أن يعطى للمدين مهلة لتنفيذ التزامه إذا وجد من الظروف ما يبرر ذلك . بل هو لا يسلب المدين حقه من توقي الفسخ بدفع الثمن إلى أن يصدر الحكم النهائي بالفسخ . وهذا هو ما قرره محكمة النقض في أحكامها الأخيرة . فقد قضت بأن شرط الفسخ لا يعتبر صريحاً في معنى المادة ٣٣٤ من القانون المدني (القديم) إلا إذا كان يفيد انقضاء عقد البيع من تلقاء نفسه . أما إذا تعهد المشتري بأداء باقى ثمن المبيع في ميعاد عينه . فإن لم يؤده في هذا الميعاد كان للبائع الحق في فسخ البيع ولو كان قد سجل . فهذا ليس إلا ترديداً للشرط الفاسخ الضمنى المنصوص عليه في المادة ٣٣٢ من القانون المدني (القديم) (٢) .

٤٨٣- الاتفاق على أنه يكونه العقد ففسوخه تلقاء نفسه (de plein droit):

(١) محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية في ١٦ مايو سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٢٩ - محكمة مصر الكلية الوطنية في ٩ فبراير سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٥٨ - استئناف مختلط في ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ م ٢٢٣ - وفي ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ جازت ٢٢ رقم ٢٦٥ م ٩٣١ - وقارن استئناف مختلط في ٥ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ١٥٩ .

(٢) نفس مدني في ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥ م ٥٨ - وقضت محكمة النقض أيضاً بأن الشرط الفاسخ لا يقتضى الفسخ حتماً بمجرد حصول الإخلال بالالتزام إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتماً عند تحققه . ولا كانت عبارة الشرط الواردة في نهاية عقد الصلح ، ونصها « إذا أخلت المشتري بشروط هذا الصلح أو أحدها فيكون البيع لاغياً » لا تفيد المعنى الذى يذهب إليه الطاعنان ، بل ما هو إلا ترديد للشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون في العقود الملزمة للجانبين (نفس مدني في ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ - ملن رقم ٨٢ سنة ١٨ قضائية لم ينشر - أنظر أيضاً محكمة الاستئناف الوطنية في ٢٣ يناير سنة ١٩٥٠ المجموعة ١ م ٨٣ - وفي ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/٢٦ - استئناف مختلط في ١٧ مايو سنة ١٩٥٠ م ١٢ م ٢٦٢) .

ويفسر هذا الشرط في أغلب الأحوال على أنه يسلب القاضي سلطته التقديرية ، فلا يستطيع إعطاء مهلة للمدين لتفديد التزامه . ولا يملك إلا الحكم بالفسخ . فيصبح الحكم بالفسخ محتملاً كالحكم بالإبطال . ولكن الشرط لا يفي عن إعدار المدين . ولا عن رفع الدعوى بالفسخ . ويكون الحكم منشأ للفسخ لا مقرر له . كما هو الأمر في القاعدة العامة للفسخ .

ولا تعارض في هذه الحالة بين إعدار الدائن المدين وتكليفه بالتنفيذ ، وبين المطالبة بفسخ العقد بعد ذلك . فإن الإعدار لا يعتبر تنازلاً عن المطالبة بفسخ العقد ، بل هو شرط واجب لرفع دعوى الفسخ . وهذا هو ما قرره محكمة النقض ، إذ قضت « بأن المادة ٣٣٤ من القانون المدني (القديم) تقتضي أنه إذا اشترط فسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن ، كان على القاضي إيقاع الفسخ على المشتري إذا لم يدفع الثمن بعد إعداره بإنذار ، ما لم يعف البائع بمقتضى العقد من هذا الإعدار . ومفهوم هذا بلا شبهة أن البائع يجب عليه إذا اختار الفسخ أن يعذر المشتري بإنذاره أى يكلفه الوفاء . فإذا لم يدفع كان البائع في حل من أعمال خياره في الفسخ . وإذن فباطل زعم المشتري أن الإنذار الموجه إليه من البائع بوفاء التزاماته في مدى أسبوع وإلا عد العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلاً من البائع عن خيار الفسخ . فإن ذلك الإنذار واجب قانوناً لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح (١) » .

٤٨٤ - الاتفاق على أنه يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم

حكم : وهذا الشرط معناه أن فسخ العقد يقع من تلقاء نفسه إذا أخل المدين بالتزامه . فلا حاجة لرفع دعوى بالفسخ ولا لحكم ينشئ فسخ العقد . وإنما ترفع الدعوى إذا نازع المدين في أعمال الشرط وادعى أنه قام بتنفيذ التزامه . فيقتصر القاضي في هذه الحالة على التحقق من أن المدين لم ينفذ التزامه .

(١) قض مدني في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨ -
أظهر أيضاً محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسية رقم ١/١٢٦ -
وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم - واستئناف مختلط في ٢٨ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٥ - وفي ٦ يونيو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٢ - وفي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١١ .

فإذا تحقق من ذلك حكم بالفسخ . ولكن حكمه يكون مقررًا للفسخ لا منشأ له .

ولا يعنى الشرط من إعدار المدين . فإذا أراد الدائن إعمال الشرط ، وجب عليه تكليف المدين بالوفاء . فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه بعد هذا الإعدار ، انفسخ العقد من تلقاء نفسه على النحو الذى بيناه فيما تقدم . على أنه لا شئ يمنع الدائن من مطالبة المدين بتنفيذ العقد بدلا من فسخه ، فإن الفسخ لا يقع من تلقاء نفسه إلا إذا أراد الدائن ذلك ، ويبقى هذا الخيار بين الفسخ والتنفيذ .

وتطبيقاً لما تقدم قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن الاتفاق فى عقد الإيجار على أن يفسخه تأخر المستأجر فى دفع الأجرة ليس تعليقاً للعقد على شرط فاسخ بكل معناه ، فإن النتيجة اللازمة لهذا التعليق هى أن يقع الفسخ بقوة القانون بمجرد التأخر فى سداد الأجرة بغير خيار للدائن ، وقد يرغب الاستمرار فى تنفيذ العقد عيناً رغم التأخر فى السداد ، وبذلك يكون فسخ العقد خاضعاً لمطل المستأجر ورغبته . إنما هو اتفاق مقصود به تحسين مركز المؤجر وتقوية ضمانه قبل المستأجر . فالفسخ هو حق له ، يجوز أن يتمسك به أو يتنازل عنه . وبذلك لا يقع الفسخ إلا إذا اختاره بالتنبيه على المستأجر بذلك ، إلا إذا اتفق على إعفائه من هذا التنبيه بنص صريح فى العقد . وهذه الفكرة هى رجوع عن قاعدة الفسخ القضائى ، وهى قاعدة القانون الفرنسى المعروفة : إلى قاعدة التشريع الألمانى الذى يعلق فسخ العقد لا على قضاء القاضى ، بل على خيار الدائن وإعلان هذا الخيار للمدين (١) .

(١) محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٣٠ يولية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٩٥ ص ٢١٦ — أنظر أيضاً محكمة أسيرط الكلية فى ١٥ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٢٠ ص ٦٦٩ — استئناف مختلط فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٠٠ — وفى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ رقم ٢٤١ ص ٢٠٩ — وفى ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١١ — وفى ١٨ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٢٦ .

وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية أيضاً بأن « الحالة الوحيدة التى يجوز للطرفين فيها الاتفاق على اختصاص قاضى الأمور المستعجلة بإخلاء الشاغر عند تأخره فى أداء الأجرة هى التى ينص فيها على أن هذا التأخر يفسخ العقد بغير حاجة لاستصدار حكم بذلك ، فهذا النص يقع الفسخ بمجرد التأخر فى سداد الأجرة » (المحاماة ١٣ رقم ٣٠٠ ص ٥٨٧) .

٤٨٥ - الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً منه تلقاء نفسه دون حاجة

إلى حكم أو إنذار : وهذا هو أقصى ما يصل إليه اشتراط الفسخ من قوة . وفي هذه الحالة يكون العقد مفسوخاً بمجرد حلول ميعاد التنفيذ وعدم قيام المدين به دون حاجة إلى إعدار المدين ، ولا إلى حكم بالفسخ إلا ليقرر أعمال الشرط على النحو الذى بيناه فيما تقدم . ويكون الحكم إذن مقررراً للفسخ لا منشأ له (١) . وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا اتفق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إنذار . والاتفاق على الإعفاء من شرط الإعدار يجب أن يكون صريحاً ، كما يقضى نص المادة ١٥٨ ، فلا يجوز أن يستخلص ضمناً من عبارات العقد لما ينطوى عليه من خطورة بالنسبة إلى المدين .

وبلاحظ هنا أيضاً أن الشرط لا يمنع الدائن من طلب تنفيذ العقد دون فسخه ، وإلا كان تحت رحمة المدين ، إذا شاء هذا جعل العقد مفسوخاً بامتناعه عن تنفيذ التزامه . ويترتب على ذلك أن العقد لا يعتبر مفسوخاً إلا إذا أظهر الدائن رغبته فى ذلك ، ولا يقبل من المدين التمسك بالفسخ إذا كان

(١) ولكن المحكمة الرقابة التامة للتحقق من اطبيق شرط الفسخ ووجوب إعماله . وقد استعملت محكمة الاستئناف المختلطة حق الرقابة هذا فى قضية اشترط فيها الدائن أنه إذا امتنع المصرف من صرف « الشيك » المحول إليه ، كان العقد مفسوخاً حتماً من تلقاء نفسه دون إنذار ، فامتنع المصرف من صرف « الشيك » لبعض إجراءات شكلية ، وقد ثبت أن مقابل الوفاء موجود فى المصرف وأن المدين عرض على الدائن أن يدفع له قيمة « الشيك » . أو أن يطليه « شيك آخر » ، فرض الدائن وأبى إلا اعتبار العقد مفسوخاً . وقد قضت المحكمة بأن الدائن امتنع فى تقديره ، وأن العقد لم يفسخ بل لا يزال قائماً (٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩٤) — وفى قضية أخرى اتفق الطرفان على مد الأجل بطريقة من شأنها أن تجعل الالتزام يتجدد ، فقضت المحكمة بأن هذا التجديد يطل أثر شرط الفسخ الذى كان موجوداً فى العقد الأول ، ولا يجوز للدائن التمسك به بعد أن تم التجديد (استئناف مختلط فى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١١) — وفى قضية ثالثة قضت المحكمة بأنه إذا اشترط سقوط الأجل دون حاجة إلى حكم أو إنذار عند تأخر المدين فى دفع قسط ، وقبل الدائن مع ذلك بعض أخطاء تأخر فيها المدين عن اللباد ، ثم تمسك فجأة بحقه فى الفسخ عندما تأخر المدين عن ميعاد قسط ، فإن تماهله السابق يجعل على أنه غير متمسك بالشرط ، ولا يجوز له اعتبار العقد مفسوخاً (استئناف مختلط فى ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١١) .

الدائن لم يتمسك به (١) .

ومن ثم نرى أن هذا الشرط هو وسط بين الفسخ القضائي والانقضاء بحكم القانون . فهو أعلى من الفسخ القضائي - وكذلك أعلى من اشتراط أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه - في أن الحكم بالفسخ فيه . إذا قامت حاجة لصدوره ، يكون مقررراً للفسخ لا منشأً له . وهو أدنى من الانقضاء بحكم القانون في أن العقد لا يفسخ فيه إلا إذا أظهر الدائن رغبته في ذلك .

وهذه المبادئ قررتها محكمة النقض . فقد قضت بأنه « إذا كان العقد مشروطاً فيه أنه إذا خالف المستأجر أى شرط من شروطه ، فللمؤجر اعتبار العقد مفسوخاً بمجرد حصول هذه المخالفة بدون احتياج إلى تنبيه رسمى أو تكليف بالوفاء ، وله الحق في تسلم العين المؤجرة بحكم يصدر من قاضى الأمور المستعجلة ، فهذا شرط فاسخ صريح يسلب القاضى كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ . ولا يبق له في اعتبار الفسخ حاصلًا فعلاً إلا أن يتحقق من حصول المخالفة التى يترتب عليها . ولا يؤثر في مدلول هذا الشرط وأثره القانونى أن يكون التمسك به من حق المؤجر وحده ، لأنه في الواقع موضوع لمصاحته هو دون المستأجر . والقول بأن نية المؤجر قد انصرفت عن الفسخ باقتضاره على طلب الأجرة في دعوى سابقة هو قول مردود ، لأن التنازل الضمى عن الحق لا يثبت بطريق الاستنتاج إلا من أفعال لا يشك في أنه قصد بها التنازل عنه . وليس في المطالبة بالأجرة ما يدل على ذلك ، إذ لا تعارض بين التمسك بحق الفسخ والمطالبة بالأجرة التى يترتب الفسخ على التأخر في دفعها (٢) . »

(١) قارن في هذا الصدد ما قضت به محكمة استئناف مصر الوطنية من أنه « إذا نص في عقد بيع أنه إذا تأخر المشتري عن دفع مبلغ كذا يعتبر عقد البيع لاغياً بدون حاجة إلى إنذار أو حكم قضائي ويصبح المبلغ المدفوع حقاً مكتسباً للبائع لا يرد بحال من الأحوال ، كان للمشتري الاستفادة من هذا النص واعتبار البيع لاغياً مثل ما للبائع سواء بسواء (٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٤ رقم ٢٧٠ ص ٣٢٩) . ولكن يلاحظ في هذه القضية أن المشتري قد دفع عربوناً للبائع ، فيحق له الرجوع في البيع ويصبح العربون حقاً مكتسباً للبائع .

(٢) قس مدني في ١٨ يناير سنة ١٩٤٥ بمجموعة عمر رقم ١٩٢ ص ٥٤٠ - أنظر أيضاً استئناف مصر الوطنية في ١٢ يناير سنة ١٩٤٦ المحاماة ٣٠ رقم ١٥٦ ص ١٦٣ - استئناف مختلط في ١٢ أبريل سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢ ص ٢٦٠ -

٤٨٦- ما يترتب على الفسخ الانقاضي من أثر : ذكرنا فيما تقدم أن

نص المادة ١٦٠ هو نص عام يبين ما يترتب على الفسخ من أثر ، سواء كان

== وفي ١٣ مايو سنة ١٨٨٦ بورطلي م ١٧٧- وفي ٦ يونية سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٢ -
وفي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٠ - وفي ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص
١٤٦ - وفي ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥٠ - وفي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٩
جازيت ١٠ رقم ١٧ ص ٢٠ - وفي ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٨١ - وفي ٢٠
مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١١ - وفي ٢٩ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٩٢ .

وقضت محكمة النقض أيضاً في هذا المعنى بأنه « متى كان الطرفان قد اتفقا في عقد البيع على أن
يقع الفسخ في حالة تأخر المشتري عن دفع باقي الثمن في الميعاد المتفق عليه بدون حاجة إلى تنبيه
رسمي أو غير رسمي ، فإن العقد يفسخ بمجرد التأخير عملاً بالمادة ٣٣٤ مدني (قديم) . ولا
يلزم إذن أن يصدر بالفسخ حكم مستقل بناء على دعوى من البائع ، بل يجوز للمحكمة أن تقرر
أنه حصل بالفعل بناء على دفع البائع أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشتري . ومتى وقع الفسخ
بمقتضى شرط العقد فإن إنداع الثمن ليس من شأنه أن يعيد العقد بعد انقضاؤه (قضى مدني في
١٣ مايو سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر ٤ رقم ٦٠ ص ١٥٧) .

هذا وليس من الضروري أن يوضع الشرط الذي نحن بصدده في الصيغة المتقدم ذكرها .
بل إن أية صيغة تدل على هذا المعنى كافية . ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض من أنه « إذا
كان العقد المحرر بين مدين ودائنه (بنك التليف) ينص على أن المدين تعهد بأن يسدد إلى
البنك مطلوبه على أقساط وبأن يقدم له عقاراً بصفة رهن تأمناً للسداد ، وعلى أن البنك تعهد
من جانبه برفع الحجزين السابق توقيعهما منه على منقولات المدين وعقاراته متى تبين بعد حصول
الرهن وقيده واستخراج الشهادات المقارية عدم وجود أي حق عيني مقدم عليه ، ثم فسرت
المحكمة ذلك بأن قبول البنك بتقيط الدين متوقف على قيام المدين بتقديم التأمين المقاري بحيث
إذا لم يقدم هذا التأمين بشروطه المنصوص عليها في العقد كان البنك في حل من قبول التقيط ،
وتعرفت نية المدين في عدم تقديمه التأمين من خطاب صادر منه ، وبناء على ذلك قضت بعدم
ارتباط البنك بالتقيط وبأحقية في الاستمرار في التنفيذ بدونه على المنقولات والعقارات دون
أن يكون ملزماً بتكليف المدين رسياً بالوفاء ، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون في
شئ » (قضى مدني في ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٧ ص ٣٦) . وقضت
أيضاً « بأن القانون لم يشترط ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح في معنى المادة ٣٣٤ من القانون
المدني (القديم) . وعلى ذلك فإذا ما أثبت الحكم أن طرفي عقد البيع قد اتفقا في العقد على أن
يودع العقد لدى أمين حتى يوفي المشتري الثمن في الميعاد المتفق عليه . ونصاً على أنه عند إخلال
المشتري بشروط العقد يصرح الطرفان للودع لديه بإعدام هذا العقد ، ثم قرر الحكم أن المستفاد
من ذلك أن نية المتعاقدين اتجهت عند تحرير هذا العقد إلى الشرط الفاسخ الصريح ، أي اعتبار
العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند الإخلال بشروطه ، فإنه لا يكون قد منح مدلول نص العقد
لأن عبارته تحتمل ما استخلصه الحكم منها » (قضى مدني في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ بمجموعة
عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨) .

الفسخ بحكم القاضى أو باتفاق المتعاقدين أو بمقتضى القانون .
 فإذا فسخ العقد بحكم الانفاق، فى أية صورة من الصور التى تقدم ذكرها .
 سواء كان الفسخ بحكم منشىء أو بحكم مقرر أو بغير حكم أصلاً . أعيد
 المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم
 بتعويض (م ١٦٠) .
 وينحل العقد بأثر رجعى ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير ،
 وذلك فيما عدا العقود الزمنية ، كل هذا على التفصيل الذى تقدم بيانه عند
 الكلام فى أثر الفسخ بحكم القاضى .

المبحث الثالث

انفساخ العقد بحكم القانون

٤٨٧ - **النصوص القانونية :** نصت المادة ١٥٩ من القانون المدنى
 الجديد على ما يأتى :
 « فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت
 الالتزامات المقابلة له ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٢٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :
 « فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له ،
 وينفسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى . مع عدم الإخلال بالتعويضات إن كان لها
 مقتضى » . وحذفت لجنة المراقبة عبارة « مع عدم الإخلال بالتعويضات إن كان لها مقتضى » ، وأصبح
 رقم المادة ١٦٣ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص . وفى لجنة القانون المدنى
 بمجلس الشيوخ نوقشت عبارة « دون حاجة إلى حكم قضائى » فقيل فى الدفاع عن بقائها إنها
 عبارة يابنة لأن الأصل فى الفسخ أن يصدر به حكم من القضاء ، فإذا كان متفقاً عليه فى العقد
 وقع من وقت تحقق سببه ، وإذا رفع الأمر إلى القضاء اقتصر على التحقق من قيام هذا السبب
 دون أن يملك حرية التقدير . ولكن اللجنة حذفت هذه العبارة « لأنها تزيد قد يوحى
 بتقييد حق التراجع إلى القضاء وهذا حق لم يقصد النص إلى حرمان أحد العاقدين منه ، وكل
 ما قصد إليه أن الفسخ يعتبر واقعاً بمجرد انقضاء الالتزام المقابل بسبب استحالة التنفيذ » .
 وأصبح رقم المادة ١٥٩ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة . (مجموعة الأعمال
 التمهيدية ٢ ص ٢٢٤ - ص ٢٢٦) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يبقى مد =

ويجب أن يقرأ مع هذا النص نصان آخران متصلان به أوثق الاتصال ، هما المادتان ٣٧٣ و ٢١٥ .

فالمادة ٣٧٣ تنص على ما يأتي : « ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه » .
والمادة ٢١٥ ، وقد سبق ذكرها ، تنص على ما يأتي : « إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه » .

ونرى من مجموع هذه النصوص أن الالتزام لا ينقضى بسبب استحالة تنفيذه إلا إذا كانت هذه الاستحالة ترجع إلى سبب أجنبي ، وأن العقد لا يفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون إلا إذا انقضى الالتزام . فالعقد إذن لا يفسخ إلا إذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي . وما لم يثبت المدين هذا السبب الأجنبي بقى ملزماً بالعقد وحكم عليه بالتعويض .

ولم يستحدث القانون الجديد في هذه المسألة شيئاً ، فقد كان هذا هو أيضاً حكم القانون القديم ، إذ نصت المادتان ٢٤٢/١٧٩ من هذا القانون على ما يأتي : « إذا انفسخ العهد بسبب عدم إمكان الوفاء تنفسخ أيضاً كافة التعهدات المتعلقة به بدون إخلال بما يلزم من التضمينات لمستحقها في نظير ما حصل عليه غيرهم من المنفعة بغير حق . ولا يترتب على الفسخ إخلال بحقوق الدائنين المرتهنين الحسنى النية » .

= ذلك أمر الفسخ القانوني وهو يقع عند انقضاء الالتزام على أثر استحالة تنفيذه . فانقضاء هذا الالتزام يستتبع انقضاء الالتزام المقابل له لتخلف سببه ، ولهذا العلة يفسخ العقد من تلقاء نفسه أو بحكم القانون بغير حاجة إلى التقاضي بل وبغير إغفار ، متى وضعت استحالة التنفيذ وضوحاً كافياً . على أن التراجع إلى القضاء قد يكون ضرورياً عند منازعة الدائن أو المدين في وقوع الفسخ . بيد أن موقف القاضي في هذه الحالة يقتصر على الاستيثاق من أن التنفيذ قد أصبح مستحيلاً ، فإذا تحقق من ذلك يثبت وقوع الفسخ بحكم القانون ، ثم يقضى بالتعويض أو يرفض القضاء به ، تبعاً لما إذا كانت هذه الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين أو تقصيره أو إلى سبب أجنبي لا يد له فيه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٢٨) — هذا ويلاحظ أن العبارة الأخيرة من المذكورة الإيضاحية التي وضعنا تحتها خطأ غير مجبجة ، لأنها تفترض أن الاستحالة التي يفسخ بها العقد قد تكون راجعة إلى خطأ المدين ، والصحيح أن الاستحالة لا يفسخ بها العقد من تلقاء نفسه إلا إذا كانت راجعة إلى سبب أجنبي .

ويتبين مما قدمناه أن استحالة تنفيذ الالتزام إذا لم ترجع إلى سبب أجنبي
بقي المدين ملتزماً بالعقد . أما إذا رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي . فإن
العقد يفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون . ونستعرض كلا من الحالتين .

٤٨٨ - استحالة التنفيذ لا ترجع إلى سبب أجنبي : إذا استحال على المدين

في العقد الملزم للجائين تنفيذ التزامه . ولم يستطع أن يثبت أن استحالة
التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، فإن المادة ٢١٥ تقضى كما
أسلفنا بأن المدين يحكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه . وهذه هي المسؤولية
العقدية التي فصلنا قواعدها فيما تقدم . فالمدين الذي لم ينفذ التزامه يكون
قد ارتكب خطأ عقدياً ، وهو لم يثبت السبب الأجنبي فتبقى علاقة السببية
مفروضة ، وبذلك تتحقق مسؤوليته العقدية على أساس قيام العقد . ويتبين
من ذلك أن العقد لم يفسخ في هذه الحالة ، بل على النقيض من ذلك قد بقي
وتأكد وجوده . إذ أصبح هو الأساس للمطالبة بالتعويض .

ولكن ذلك لا يمنع من تطبيق قواعد الفسخ القضائي . فللدائن ، وقد
أصبح تنفيذ التزام المدين مستحيلاً ، أن يطلب فسخ العقد لعدم وفاء المدين
بالتزامه ، بدلاً من أن يطلب التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية . وفي
هذه الحالة لا يسع القاضي إلا أن يحميه إلى طلبه . إذ لا محل لإمهال المدين
لتنفيذ التزامه بعد أن أصبح هذا التنفيذ مستحيلاً ، فيحكم بفسخ العقد .
والحكم هنا منثني للفسخ لا مقرر له ، والعقد لم يفسخ بحكم القانون بل
فسخ بحكم القاضي .

٤٨٩ - استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي : أما إذا كانت استحالة

التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي ، فإن الالتزام يفسخ طبقاً للمادة ٣٧٣ التي
تقدم ذكرها . ويفسخ العقد من تلقاء نفسه طبقاً للمادة ١٥٩ (١) . والعنة
في هذا واضحة ، فقد انقضى التزام المدين لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي ،
فلم يعد محل للمسؤولية العقدية ليختار الدائن بينها وبين فسخ العقد كما كان
يفعل لو أن الاستحالة لا ترجع إلى سبب أجنبي . فلم يبق إلا فسخ العقد .

ولذلك نص القانون على أن العقد يفسخ من تلقاء نفسه . ولا محل هنا للإعذار لأن الإعذار لا يتصور إلا إذا كان التنفيذ لا يزال ممكناً . ولأن التنفيذ لم يعد ممكناً لا يكون هناك خيار للدائن بين التنفيذ والفسخ - وقد رأينا أن هذا الخيار يثبت للدائن في جميع صور الفسخ القضائي والاتفاقي - ولا يبقى ممكناً إلا فسخ العقد . كذلك لا ضرورة لحكم قضائي بالفسخ ، فالعقد يفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون كما قررنا . وإذا التجأ الدائن للقضاء فإنما يكون ذلك ليقرر أن استحالة التنفيذ بسبب أجنبي أمر محقق - فقد يقوم نزاع في ذلك - وأن العقد قد انفسخ ، فالحكم هنا يقرر الفسخ لا ينشئه ، على النحو الذي رأيناه في بعض صور الفسخ الاتفاقي (١) .

٤٩٠- مبدأ تحمل التبعة: فإذا انفسخ العقد بحكم القانون ، كانت التبعة في انقضاء الالتزام الذي استحال تنفيذه واقعة على المدين بهذا الالتزام . فهو لا يدل له في استحالة التنفيذ لأن الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي ، ومع ذلك لا يستطيع أن يطالب الدائن بتنفيذ الالتزام المقابل . فالخسارة في نهاية الأمر تقع عليه وهو الذي يتحملها . وهذا هو مبدأ تحمل التبعة في العقد الملزم للجانبين .

ويرجع هذا إلى فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين ، وهي الفكرة التي انبنى عليها انفساخ العقد (٢) . ولو أن العقد كان ملزماً لجانب واحد ، كالوديعة غير المأجورة ، واستحال تنفيذ

(١) هذا وقد نكون استحالة تنفيذ الالتزام فائئة قبل نشوئه أو تكون قد جرت بعد ذلك ، فإن كانت فائئة قبل نشوئه وكانت استحالة مطلقة ، كان العقد باطلا لاستحالة المحل . أما إذا كانت الاستحالة نسبية ، سواء كانت فائئة قبل نشوئه الالتزام أو جرت بعده ، وكذلك إذا كانت مطلقة ولكنها لم توجد إلا بعد نشوئه الالتزام ، فإن العقد ينشأ صحيحاً ثم يفسخ . والمراد بالالتزام الذي استحال تنفيذه هو الالتزام الأساسي الناشئ من العقد ، دون الالتزام الثانوي أو التبعية . فالزام البائع الأساسي هو نقل الملكية والتسليم ، والزام المشتري الأساسي هو دفع الثمن . كذلك يعتبر الزاماً أساسياً في عقد الإيجار الزام المؤجر بتسليم العين والزامه بتسكين المستأجر من الانتفاع ، والزام المستأجر بدفع الأجرة والزامه بالمحافظة على العين .

(٢) أنظر في هذا المعنى رسالة الدكتور محمد زكي عبد البر في نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي القاهرة سنة ١٩٥٠ قرة ١٦ .

التزام المودع عنده لسبب أجنبي ، بأن هلك الشيء في يده بقوة القاهرة فاستحال عليه رده إلى المودع . فإن الذى يتحمل التبعة هو الدائن لا المدين . والسبب في ذلك واضح ، إذ الدائن - وهو هنا المودع - ليس في ذمته التزام يتحمل منه في مقابل تحلل المدين - وهو هنا المودع عنده - من التزامه . فالدائن هو الذى يتحمل الخسارة في آخر الأمر من جراء استحالة تنفيذ التزام المدين ، وهو الذى يتحمل تبعة هذه الاستحالة .

فيمكن القول إذن بوجه عام إن المدين هو الذى يتحمل التبعة في العقود الملزمة للجائين ، والدائن هو الذى يتحملها في العقود الملزمة لجانب واحد^(١).

٤٩١ - الأثر الذى يترتب على انفساخ العقد بحكم القانون : وإذا

انفسخ العقد بحكم القانون ، ترتب على انفساخه من الأثر ما يترتب على فسخه بحكم القاضى أو بحكم الاتفاق كما سبق القول . فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد (م ١٦٠) . ولا محل للتعويض لأن المدين قد انقضى التزامه بقوة القاهرة .

وكل ما سبق أن قررناه في هذا الصدد ، فيما عدا التعويض : من انحلال

(١) أنظر في الموضوع رسالة الدكتور محمد زكى عبد البر التى سبقت الإشارة إليها - والقانون الفرنسى يجعل التبعة في عقد البيع على الدائن لا على المدين ، فإذا هلك المبيع قبل تسليمه هلك على المشتري لا على البائع ، فالهالك يكون إذن على المالك (*res perit domino*) (أنظر م ١٦٢٤ من القانون المدنى الفرنسى) . وكذلك فعل في عقد المقايضة (م ١٧٠٧) . ولكنه عدل عن هذا الحكم ، وجعل الهلاك على المدين ، إذا كان في العقد شرط واقف وهلك الشيء قبل تحقق الشرط . كذلك جعل تبعة الهلاك في عقد الشركة على المدين (م ١٨٦٧ فقرة أولى) - والقانون المصرى القديم كان في مثل هذا الاضطراب ، فهو في البيع يجعل تبعة الهلاك على المدين طبقاً للقاعدة العامة التى قدمناها في تحمل التبعة (م ٢٩٧/٣٧١) ، وكذلك يجعل التبعة على المدين في العقد المعلق على شرط واقف تخشياً مع هذه القاعدة العامة (م ١٠٦/١٦٠) . ولكنه من جهة أخرى يجعل التبعة على الدائن في بيع المقدرات (م ٢٤١/٣٠٧) وفي عقد الشركة (م ٤٢٤/٥١٦) - أنظر في هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٠ . وقد تجنب القانون المصرى الجديد هذا الاضطراب ، وجعل القاعدة العامة التى تقضى بأن التبعة على المدين في العقد الملزم للجائين قاعدة مضطردة . فطبقها في البيع ، سواء كان بيع عين معينة أو بيع مقدرات (م ٤٣٧) ، وطبقها في عقد الشركة (م ٥١١) ، وطبقها في العقد المعلق على شرط واقف ، بل إنه أنكر على الشرط أثر الرجعى إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط مستحيلاً لسبب أجنبي (م ٢٧٠ فقرة ٢) وطبقها في العقود غير النافذة للملكية ، كالإيجار (م ٥٦٩) والمساواة (م ٦٦٤ - ٦٦٥) .

العقد بأثر رجعى ، ومن أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير ، ومن انعدام الأثر الرجعى بالنسبة إلى العقود الزمنية ، ينطبق هنا . فلا حاجة إلى التكرار (١).

الفرع الثانى .

الدفع بعدم تنفيذ العقد (*)

(أو الامتناع المشروع عن الوفاء بالعقد)

(Exceptio non adimpleti contractus) .

٤٩٢ - النصوص القانونية : نصت المادة ١٦١ من القانون المدنى

الجديد على ما يأتى :

« فى العقود الملزمة للجانبين . إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به (٢) » .

(١) أنظر فى الأثر الذى يترتب على انقضاء العقد اثره فى رسالة الدكتور عبد الحى حجازى فى عقد الددة ص ١٦٠ - ص ١٦٢ .

(*) بعض المراجع : كابتان فى السبب بفقرة ١٢١ وما بعدها - سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى بفقرة ١٧١ وما بعدها - بشكار (ملحق بودرى) ص ٥٧١ - ص ٦٨٠ - رينو (Raynaud) فى الدفع المستخلص من عدم التنفيذ ، رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ - كاسان (Cassin) فى الدفع المستخلص من عدم التنفيذ فى العلات الملزمة للجانبين ، رسالة من باريس سنة ١٩١٤ - هوان (Houin) فى التمييز ما بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد ، رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ - صلاح الدين الباهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء ، رسالة من القاهرة سنة ١٩٤٥ - نظرية العقد للدولف فقرة ٦٦٦ - فقرة ٦٧٧ - حلمى بهجت بدوى فقرة ٣٥٣ - فقرة ٣٦٠ - أحمد حشمت أبو سبت فقرة ٣٧٧ - فقرة ٣٧٩ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٢٢ من المشروع التمهيدى على النحو الآتى :

١٥ - فى العقود الملزمة للجانبين يجوز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ، إلا إذا اختل ميعاد الوفاء لكل من الالتزامين - ٢ - على أنه لا يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان ما لم يتم من الالتزامات قابلاً للتأجيل بحيث يكون امتناعه عن التنفيذ غير متفق مع ما يجب توفره من حسن النية . وفى لجنة المراجعة حدثت اغمرة الثانية لأنها تطبق لنظرية التمسك فى استعمال الحق ، وأدخلت =

ولم يشتمل القانون المدني القديم على نص مقابل لهذا النص ، ولكن قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد كانت مسلماً بها في ظله فقها وقضاء ، وانطوت نصوصه على تطبيقات تشريعية لها (مثلاً م ٣٤٥/٢٧٤ وم ٣٥٠/٢٧٩ وم ٤١١/٣٣١) .

٤٩٣ - تاريخ القاعدة: وتقوم قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد على الاعتبار الآتي : إذا كان الدائن في العقد الملزم للجانبين أن يطلب فسخ العقد إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، فيتحلل الدائن بذلك من تنفيذ ما ترتب في ذمته من التزام ، فله من باب أولى ، بدلا من أن يتحمل من تنفيذ التزامه ، أن يقتصر على وقف تنفيذه حتى ينفذ المدين التزامه . والفكرة التي بنى عليها الدفع بعدم التنفيذ هي عين الفكرة التي بنى عليها فسخ العقد : الارتباط فيما بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين ، مما يجعل التنفيذ من جهة مقابلا للتنفيذ من جهة أخرى (١) .

ولم يكن المبدأ معروفاً في القانون الروماني على النحو الذي عرف به فيما بعد . وإنما كان الرومان يقتصرون على إعطاء المدين الذي يطالبه الدائن

= تعديلات لفظية على الفقرة الأولى بحيث أصبحت مطابقة للنص الوارد في القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ١٦٥ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص ، كما وافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ١٦١ ، ووافق عليه مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٣٣٠ - ص ٣٣٥) .

(١) ويقول الفرنسيون تعبيراً عن هذا المعنى : « التنفيذ مثلا بمثل » (exécution trait pour trait) . ويرجعون بذلك عن تعبير ألماني مشهور (Erfüllung Zug um Zug) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في هذا الصدد ما يأتي : « فن الأصول التي يقوم عليها نظام العقود الملزمة للجانبين ارتباط تنفيذ الالتزامات المتقابلة فيها على وجه التبادل أو القصاص . فإذا استحق الوفاء بهذه الالتزامات فلا يجوز تفريغاً على ما تقدم أن يجب أحد المتعاقدين على تنفيذ ما التزم به قبل قيام التعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل . وعلى هذا الأساس يتعين أن تنفذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد . وتجاوز الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقي لمعرفة التخلف عن الوفاء من المتعاقدين . فلكل من المتعاقدين إزاء ذلك أن يحتسب ما يجب أن يوفى له حتى يؤدي إليه ما هو مستحق له ، وهو باعتصامه بهذا الحق أو الدفع إنما يوهأ أحكام العقد لا أكثر . فالمقد لا يفسخ في هذه الصورة ، ولا تنقضي الالتزامات الناشئة عنه على وجه الإطلاق ، بل يقتصر الأمر على وقف تنفيذه . وهذا هو الفارق الجوهرى بين الفسخ والدفع بعدم تنفيذ العقد » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٣) .

بتنفيذ التزامه . دون أن يقوم هو بما في ذمته من التزام بمقتضى عقد ملزم للجائين . دفعا بالغش (exception de dol). ولم يكن لهذا الدفع قوام ذاتي . بل كان هو الدفع بالغش المعروف في كل العقود المبينة على حسن النية . فلم يكن له اسم خاص . ولم يطلق عليه اسم الدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) إلا في القانون الفرنسي القديم . فالاصطلاح لم يكن إذن رومانياً وإن كان لاتينياً . وقد وضعه المؤرخون من شراح القانون الروماني (postglossateurs) في العصور الوسطى بعد أن صاغوا القاعدة ونسبوها إلى القانون الروماني (١) .

ولم يضع القانون المدني الفرنسي نصاً عاماً يقرر به القاعدة ، بل اقتصر على تطبيقات متفرقة للمبدأ . ونهج القانون المدني المصري القديم على منواله كما قدمنا .

أما التقنيات الحديثة فقد صاغت المبدأ في نص عام . فعل ذلك القانون الألماني (م ٣٢٠) ، وقانون الالتزامات السويسري (م ٨٢) ، والمشروع الفرنسي الإيطالي (م ٤٨) . وسار القانون المدني المصري الجديد على نهج التقنيات الحديثة فأورد النص الذي قدمناه ، كما صاغ نظرية الحبس في نصوص عامة ستبحث في مكانها (٢) .

ونفصل قواعد الدفع بعدم تنفيذ العقد متبعين الخطة التي اتبعناها عند الكلام في الفسخ القضائي . فنبحث : (١) متى يمكن التمسك بالدفع . (٢) كيف يكون التمسك به . (٣) ما يترتب على التمسك به من أثر

المبحث الأول

متى يمكن التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد

٤٩٤ - نطاق الدفع بعدم التنفيذ ونطاق الحبس في الحبس : جعل

(١) نظرية العقد للؤلف فقرة ٦٦٦ .

(٢) أنظر في الدفع بعدم تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي رسالة الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء ص ٣٠٦ وما بعدها .

القانون الجديد الحق في الحبس هو الأصل ، وجعل الدفع بعدم التنفيذ هو تطبيق هذا الأصل في دائرة العقود الملزمة للجانبين (١) .
فالأصل إذن هو الحق في الحبس . قررته المادة ٢٤٦ مبدأ عاماً ، فجرت على الوجه الآتي :

« ١ - لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتب به . أو ما دام الدائن لم يقدم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا » .
« ٢ - ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محزره إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يتمتع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع » .

فالنص يفترض شخصين ، كل منهما دائن للآخر ومدين له ، والتزام كل منهما مترتب على التزام الآخر ومرتب به . فيكون هذا الارتباط أساساً للحق في الحبس . فن حاز بعقد أو بغير عقد شيئاً مملوكاً للغير ، كالمدع عنده والمستعير والمرتهن رهن حيازة والمقتصب والحائز بحسن نية ، وأنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، كان له أن يرجع بهذه المصروفات على الوجه الذي بينه القانون . ومن ثم يوجد حائز الشيء ومالكه . والحائز مدين للمالك يرد الشيء ودائن له باسترداد المصروفات . والارتباط واضح ما بين الالتزام برد الشيء والالتزام باسترداد المصروفات . لذلك يجوز للحائز أن يتمتع عن تنفيذ التزامه حتى يتقاضى من المالك حقه . وهذا هو الحق في الحبس . وهو بهذا العموم يتسع ليدخل في نطاقه الدفع بعدم تنفيذ العقد . فالبايع مدين بتسليم المبيع ودائن بالثمن ، فن حقه أن يحبس العين حتى يستوفي الثمن . وهذا تطبيق للحق في الحبس في عقد ملزم للجانبين ، وهو في الوقت ذاته تطبيق للدفع بعدم تنفيذ العقد (٢) .

(١) أنظر في القانون المدني القديم في العلاقة ما بين الدفع بعدم التنفيذ باعتباره أصلاً والحق في الحبس باعتباره يتفرع عن هذا الأصل ، نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٨ .
(٢) وإذا أغفلنا فكرة الارتباط ، واكتفينا بأن يكون هناك شخصان كل منهما مدين للآخر ، وأريد أن يكون لـ كل منهما الحق في أن يتمتع عن تنفيذ التزامه إلى أن يقوم الآخر بتنفيذ =

ومن ثم يكون الدفع بعدم التنفيذ فرعاً عن الحق في الحبس . فحيث يطبق الحق في الحبس في نطاق العقد الملزم للجانبين كان هذا هو الدفع بعدم التنفيذ . فإذا خرج عن هذا النطاق عاد حقاً في الحبس لا دفعاً بعدم تنفيذ العقد . فالحبس للمصروفات الضرورية أو النافعة في عقود العارية والوديعة ورهن الحيازة وفي غير عقد أصلاً لا يكون دفعاً بعدم التنفيذ بل حقاً في الحبس . وإذا زال العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأى سبب آخر ، وتعين على كل من المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه . جاز لكل منهما أن يحبس ما أخذه مادام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما سلمه منه أو يقدم ضماناً لهذا الرد . وهذا هو أيضاً حق في الحبس لا دفع بعدم التنفيذ لأن العقد قد زال (١) .

فالدفع بعدم التنفيذ ، كالفسخ ، محصور إذن في العقود الملزمة للجانبين ، وقد صرحت بذلك المادة ١٦١ التي تقدم ذكرها (٢) .

== ما عليه من التزام ، أمكن أن يحقق هذا عملاً بأحد طريقين : الطلبات الفرعية وحجز الدائن تحت يده .

هذا ويمكن أن ندرك أيضاً ما يقوم من الارتباط الوثيق بين نظم قانونية أربعة : المقاصة والفسخ والدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس . وهي نظم ترجع كلها إلى فكرة واحدة هي تقابل الالتزامات . حيث يوجد شخصان كل منهما مدين للآخر ، يكون من المدل أن يستوفى كل منهما ماله من حق مما عليه من دين — وهذه هي المقاصة والفسخ — أو في القليل يقف وفاء ما عليه من دين حتى يستوفى ماله من حق — وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس . ومما يثبت أن هذه النظم القانونية مبنية على أساس واحد أن الرومان كانوا يبالغونها علاجاً واحداً هو الدفع بالفسخ ، يستعملونه في المقاصة والدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس . والحق في الحبس ، كالدفع بعدم التنفيذ ليس إلا دفعاً ، وقد أعطاه القانون الجديد وصفه الحقيقي ، وخلع عنه لباس الحق المعنى الذي كان يرتديه في عهد القانون القديم فيشوه طبيعته (أنظر نظرية المقد للوئلف ص ٧١٣ هامش رقم ١) .

(١) وقد كان هذا الحكم منصوصاً عليه في المادة ٢٢٤ من المشروع التمهيدى ، وقد حذفها لجنة المراجعة لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة في الحق في الحبس (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ في الهامش) . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آتقاً فقرة ٤٧٩ في الهامش) .

(٢) قانون المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٢ فقرة ١ وس ٢٣٤ فقرة ٤) . وانظر في هذا المعنى الدكتور حلمى بهجت بدوى بك فقرة ٣٥٩ - فقرة ٣٦٠ - ورسالة الدكتور صلاح الدين الناهى في الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ٨٠ وفترة ٩٧ - وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف مختلط في ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ م ١٢٣ .

هذا وقد أورد القانون المدنى الجديد تطبيقات جزئية متفرقة لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ ، نذكر ==

٤٩٥ - الالتزام الذي يرفع بعدم تنفيذه يجب أن يكون واجب

التنفيذ حاله : ولا يكتفى أن يكون هناك عقد ملزم للجائين ، بل يجب أيضاً أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه التزاماً واجب التنفيذ حالاً .

فالدفع بعدم تنفيذ التزام طبيعي - كما إذا سقط بالتقادم أحد الالتزامين المتقابلين في عقد ملزم للجائين - لا يجوز ، لأن في هذا إجباراً بطريق غير مباشر على تنفيذ التزام طبيعي غير واجب التنفيذ .

كذلك لا يجوز الدفع بعدم تنفيذ التزام مدني غير حال . فالبايع لا يستطيع أن يحبس العين لعدم استيفاء الثمن إذا كان الثمن مؤجلاً ، إلا إذا كان الأجل قد سقط طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣ (أنظر المادة ٤٥٩) . ولا يمنع حلول الالتزام أن يكون القاضي قد منح المدين نظرة الميسرة (délai de grâce) ، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن من المشتري حتى لو منح القاضي للمشتري أجلاً

== منها المواد ٤٥٧ و ٤٥٩ و ٦٠٥ .

والفقرتان الثانية والثالثة من المادة ٤٥٧ تفضيان بأنه ١ - إذا تعرض أحد المشتري مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آبل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري ، جاز له مالم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن حتى يتقطع العرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً . ٣ - ويسرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري عيباً في المبيع .

وتنص المادة ٤٥٩ على أنه : ١ - إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال ، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة . وهذا مالم يمنح البائع المشتري أجلاً بعد البيع . ٢ - وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشرط لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣ .

وتنص المادة ٦٠٥ على أنه : ١ - لا يجوز لمن انتقلت إليه ملكية العين المؤجرة ولم يكن الإيجار نافذاً في حقه أن يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد التنبيه عليه بذلك في المواعيد المبينة في المادة ٥٦٣ . ٢ - فإذا نبه على المستأجر بالإخلاء قبل اقضاء الإيجار ، فإن المؤجر يلتزم بأن يدفع للمستأجر تعويضاً مالم يتفق على غير ذلك . ولا يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى التعويض من المؤجر أو ممن انتقلت إليه الملكية نيابة عن المؤجر ، أو بعد أن يجعل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض . والجديد في هذا النص الأخير أنه يجعل المستأجر وهو دائن بالتعويض للمؤجر يحبس العين على المالك ، أو قل إن حق الحبس قبيل المؤجر ينفذ في حق المالك .

لدفع الثمن . ولا يتمتع الحبس إلا إذا كان الأجل ثابتاً باتفاق الطرفين (١) .
أما إذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر . فلا يحق له أن ينتفع من هذا الدفع إذ يتعين عليه أن يني بما التزم به دون أن ينتظر وفاء المتعاقد الآخر (٢) .

(١) ولا يمكن أن يكون العقد ملزماً للجانبين وأن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه التزاماً واجب التنفيذ حالا ، بل يجب إلى ذلك ألا يساء استعمال الدفع . فلا يجوز لتعاقد أن يتمسك بالدفع إذا كان هو البادئ بعدم تنفيذه ، أو إذا تسبب في عدم تنفيذ الالتزام الآخر . كذلك لا يجوز التمسك بالدفع إذا كان المتعاقد الآخر قد قام بمسقطه التزامه ولم يبق إلا جزء يسير لا يبرر امتناع المتعاقد الأول عن القيام بالتزامه . وكل ما يحق للمتعاقد الأول أن يفعله هو أن يني دون تنفيذ جزءاً من التزامه يقابل الجزء غير المنفذ من التزام المتعاقد الآخر بفرض أن الالتزام الأول قابل للتجزئة . كذلك لا يجوز أن يتمتع المشتري عن دفع الثمن بمحجة أن هناك خطراً يهدد العين إذا كان هذا الخطر ليس بمجدي ، ولا أن يتمتع المستأجر عن دفع الأجرة بمحجة أنه يطالب المؤجر بترهات يشكرها عليه .

وقد كان المشروع التهديد يتضمن نصاً تجرى على الوجه الآتى : « على أنه لا يجوز للمتعاقد أن يتمتع عن تنفيذ التزامه إذا كان مالم ينفذ من الالتزام المقابل ضليلاً بحيث يكون امتناعه عن التنفيذ غير متفق مع ما يجب توافره من حسن النية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣١) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديد في صدد هذا النص ما يأتى : « ومما يمكن من شيء فليس بإباح للعاقد أن يسئ استعمال هذا الدفع . فلا يجوز له أن يتمسك به لينتفع عن تنفيذ التزامه إذا كان الالتزام المقابل كاد أن يكمل فداؤه ، وأصبح مالم ينفذ منه ضليلاً لدرجة لا تبرر اتخاذ هذا الإجراء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣٣) . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لأنه مجرد تطبيق لنظرية التعسف في استعمال الحق (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣٤) — أنظر في هذه المسألة رسالة الدكتور صلاح الدين الناهى في الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ١٧٤ — وانظر في أحوال ينسقط فيها الدفع بعدم التنفيذ نظرية المقدم للوؤاف فقرة ٦٧٠ .

(٢) وقد كان هناك نص في المشروع التهديد يميز حتى في هذه الحالة أن يتمتع المتعاقد المسكف بالتنفيذ أولاً عن التنفيذ إذا أصاب المتعاقد الآخر نقص في ماله بعد إبرام العقد ، فكانت المادة ٢٢٣ من هذا المشروع تجرى على النحو الآتى : « في العقود الملزمة للجانبين ، إذا أصاب أحد المتعاقدين نقص في ماله بعد إبرام العقد ، أو إذا طرأ على مركزه المالى ما يخشى معه أن يكون عاجزاً عن تنفيذ التزامه ، جاز للمتعاقد الآخر إذا كان هو المسكف بتنفيذ المقدم أولاً ، أن يتمتع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الأول بتنفيذ ما تعهد به أو يعطى ضماناً كافياً لهذا التنفيذ . فإذا لم يتم التنفيذ أو يعطى الضمان في وقت مناسب جازت المطالبة بفسخ العقد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ في الهامش) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديد في هذا الصدد ما يأتى : « ومع ذلك فقد أجيء له (أى المتعاقد المسكف بالتنفيذ أولاً) استثناء أن يتمتع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم =

المبحث الثماني

كيف يمكن التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد

٤٩٦ - عدم ضرورة الاعذار : لا يحتاج التمسك بالدفع إلى إعدار

المتعاقدين الآخر قبل أن يتمسك بالدفع ، وهذا بخلاف المطالبة بفسخ العقد فإن الإعدار قبلها واجب على التفصيل الذي يبيناه فيما تقدم . على أن التمسك بالدفع معناه امتناع التمسك عن تنفيذ التزامه . وفي هذا إعدار كاف للمتعاقدين الآخر بوجود تنفيذ الالتزام الذي في ذمته (١) . وقد يكون الإعدار واجباً لالتمسك بالدفع ، بل لتوليد الالتزام الذي يخول عدم تنفيذه حق التمسك بالدفع ، كما إذا كان هذا الالتزام هو التزام بتعويض عن التأخر لا ينشأ إلا بالإعدار طبقاً للقواعد العامة .

= العاقد الآخر بوفاء ما تعهد به أو يقدم ضماناً كافياً لهذا الوفاء ، إذا أصاب هذا العاقد بعد إبرام العقد قص في ماله من شأنه أن يؤثر في يساره أو طرأ عليه من الضيق ما قد يقعه به عن تنفيذ ما التزم به . وينبغي التحرز من اعتبار هذا الاستثناء مجرد تطبيق للمادة ٣٩٦ من المشروع ، وهي التي تناوت سرد مقتضيات الأجل وحصرتها في الإعسار أو الإفلاس وضمت التأمينات الخاصة والامتناع عن تقديم ما وعد بتقدمه منها . فالحالة التي يسرى عليها حكم الاستثناء أقل جسامه من ذلك ، فهي تفترض قصاً بليغاً في مال العاقد ، ولكنه قص لا يستتبع الإفلاس أو الإعسار ، ومن ثم أزيلت عنه الحالة منزلة الاستثناء ، فلم تكن لها هذه الخصوصيات لانتهى أمرها إلى إسقاط الأجل ، وبذلك يحل الوفاء بالالتزامات المتقابلة جيماً وينبغي تنفيذها في آن واحد نزولاً على أحكام القواعد العامة . فإذا لم يتم التعاقد الذي استهدف مركزه للخطر بالوفاء بما التزم به أو بتقديم ضمان كاف في مدة معقولة ، كان للتعاقد معه ألا يقتصر على إيقاف العقد ، بل له أن يجاوز ذلك إلى طلب الفسخ . ويعتبر هذا الحكم استثناء من القواعد العامة في الفسخ أيضاً لأن الالتزام الذي تخلف العاقد عن الوفاء به لم يصبح مستحق الأداء .

(مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٣ - ص ٣٣٤) - وأمكن هذا النص في المشروع التهديد حذفه لجنة المراجعة في المشروع النهائي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ في الخامس) . ولا كان نصاً استثنائياً فلا مجال لتطبيقه بعد حذفه (أنظر في هذا الموضوع رسالة الدكتور صلاح الدين الناهي في الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ١٦٦ - فقرة ١٦٧) .

(١) أنظر استئناف مختلط في ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٣٣٠ .

٤٩٧ - ترك الأمر إلى تقرير المتمسك بالرفع تحت رقابة القضاء :

ويترك الدفع بعدم التنفيذ لتقدير المتعاقد الذي يتمسك به ، وذلك بخلاف الفسخ فقد تقدم أنه موكل لتقدير القضاء . ذلك أن الدفع بعدم التنفيذ أقل خطراً من الفسخ ، فهو لا يحل العقد . بل يقتصر على وقف تنفيذه .

على أن الدفع بعدم التنفيذ قد يكون مردّه في آخر الأمر إلى القضاء . ذلك أنه إذا تمسك أحد الطرفين بالدفع وامتنع عن تنفيذ التزامه . فإن الطرف الآخر يستطيع أن يرفع الأمر إلى القضاء ، وللقاضى تقدير موقف من يتمسك بالدفع فيقره أو لا يقره . ويتبين من ذلك أنه إذا لم يلجأ المتمسك بالدفع إلى القضاء منذ البداية . فذلك يرجع في الواقع إلى أنه يتمسك بدفع لا بدعوى . وطبيعة الدفع تجعل المتمسك به في غير حاجة إلى رفع دعوى ، بل هو الذى ترفع عليه الدعوى فيتمسك عند ذلك بالدفع .

فالتمسك بالدفع يمر إذن على دورين : الدور الأول وهو دور غير قضائى يتمتع فيه المتمسك بالدفع عن تنفيذ التزامه ، وهذا مجرد امتناع لا يحتاج فيه إلى عمل إجبارى . والدور الثانى وهو الدور القضائى لا يتحقق إلا إذا رفع المتعاقد الآخر دعوى يطلب فيها تنفيذ التزام المتعاقد الأول . ففي هذا الدور تتحقق رقابة القضاء . فإذا أقر القاضى المتمسك بالدفع على دفعه ، فإن هذا لا يمنعه من الحكم عليه بالتنفيذ ، ولكن يقرن الحكم بشرط هو أن يقوم المدعى بتنفيذ التزامه في الوقت ذاته . وقد يأخذ الدفع صورة إشكال في التنفيذ إذا ما أراد المحكوم له تنفيذ الحكم قبل أن يقوم بتنفيذ التزامه .

٤٩٨ - تمسك كل من المتعاقدين بالرفع : وقد يتمسك كل من

المتعاقدين بالدفع ويمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بالتنفيذ . فإذا رفع أحدهما دعوى على الآخر يطالبه بالتنفيذ ، حكم القاضى على المدعى عليه بأن ينفذ التزامه بشرط أن يقوم المدعى من جانبه بتنفيذ التزامه .

وتجوز الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقى لمعرفة المتخلف عن الوفاء من المتعاقدين (١) . فإذا تبين القاضى أن أحد المتعاقدين امتنع ، فإن كان المدعى

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٣ - فقرة ٢ - وانظر آخفاً فقرة ٤٠٥ في الخامس) .

رفض دعواه . وإن كان المدعى عليه حكم عليه بالتنفيذ دون شرط . أما إذا كان كل من المتعاقدين متعتاً ، أو ظهر ألا أحد منهما متعت ولكن لا يثق أحدهما بالآخر ، ولم يلجأ أحد لإجراءات العرض الحقيقي ، لم يبق للخلاص من هذا الموقف إلا أن يحكم القاضى بأن يودع كل من المتعاقدين ما التزم به في خزانة المحكمة أو تحت يد شخص ثالث ، وفي هذا ما يجعلهما يتفدان التزاميهما في وقت واحد .

المبحث الثالث

ما يترتب من الأثر على الدفع بعدم تنفيذ العقد

١ - فيما بين المتعاقدين :

٤٩٩ - وقف التنفيذ في غير الالتزام بتسليم عين : إذا توافرت شروط الدفع بعدم التنفيذ ، فإن المتمسك بالدفع لا يجبر على تنفيذ التزامه ، بل يبنى هذا الالتزام موقوفاً ، دون أن يزول كما في الفسخ .

فإذا كان الالتزام الموقوف هو التزام ينقل حق عيني ، كالالتزام البائع بنقل الملكية ، كان للبائع أن يتمتع عن مساعدة المشتري في تسجيل العقد حتى لا تنتقل الملكية إليه . وإذا كان التزاماً بعمل ، كالالتزام المقاول بإقامة مبنى ، كان للمقاول أن يتوقف عن أعمال البناء . وإذا كان التزاماً بامتناع عن عمل كتعهد تاجر بالكف عن مباشرة التجارة في حى معين منعاً للمزاحمة ، كان للتاجر أن يستمر في مباشرة التجارة في هذا الحى .

ويلاحظ في الالتزام بالامتناع عن عمل أن هناك أحوالاً لا يتصور فيها وقف الالتزام ، كما إذا تعهد ممثل أو مفوض أن يتمتع عن إحياء حفلة معينة لقاء مبلغ من المال . فإذا تأخر المدين عن دفع هذا المال ، فإنه لا يسع الدائن إلا خرق هذا الالتزام فيحیی الحفلة إذا استطاع ذلك ، ويكون هذا فسخاً للعقد لا وقفاً له ، لأن طبيعة الالتزام لا تتحمل الوقف . وهذا الحكم ينطبق أيضاً في الالتزام بعمل إذا كان القيام بهذا العمل واجباً في وقت معين وإلا فالتزام

الغرض المقصود منه ، كما إذا تمهد صانع بإنجاز مصنوعات عرضها في معرض عام يقام في وقت معين ، فإذا وقف الصانع تنفيذ التزامه إلى أن يفوت ميعاد المعرض لأنه لم يستوف أجره ، كان هذا بمثابة الفسخ .

٥٠٠- وقف التنفيذ في الالتزام بتعليم عين : وإذا كان الالتزام

الموقوف هو التزام بتسليم عين ، حبس المتمسك بالدفع العين حتى يستوفى حقه من التعاقد الآخر . مثل ذلك البائع لا يسلم العين المبيعة حتى يستوفى الثمن . وهنا يختلط الدفع بعدم التنفيذ بالحق في الحبس . وقد قضت المادة ٢٤٧ بما يأتي : « ١ - مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه . ٢ - وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حساباً عن غلته . ٣ - وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقاً للأحكام المنصوص عليها في المادة ١١١٩ ، وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه . هذا ويتحمل المالك تبعة التلف أو الهلاك بسبب أجنبي ، وقد نصت المادة ٤٦٠ على أنه « إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشتري ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع » . وإذا أنفق الحابس مصروفات ضرورية أو نافعة استردها طبقاً لأحكام المواد ٩٨٠-٩٨٢ .

ويبقى الحق في الحبس حتى لو قام التعاقد الآخر بتنفيذ جزء من التزامه ، وهذا ما يعبر عنه بأن الحق في الحبس لا يقبل التجزئة . ومع ذلك يجب ألا يتعسف من له الحق في الحبس فيستمر حابساً للعين إذا كان الجزء الباقي من الالتزام دون تنفيذ من التفاداة بحيث لا يبرر استمرار الحبس ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

وينقضي الحق في الحبس إذا قام التعاقد الآخر بالتزامه أو إذا خرج الشيء من حيازة الحابس باختياره .

وقد قضت المادة ٢٤٨ بما يأتي : « ١ - ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه . ٢ - ومع ذلك يجوز لحابس الشيء ، إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطالب استرداده ،

إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذى علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه .

٥٠١ - وقف التنفيذ في العقود الرضائية : وليس هناك ما يمنع من

التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد في العقود الزمنية . فيجوز للمستأجر أن يمتنع عن دفع الأجرة عن المدة التي حرم فيها الانتفاع بالعين المؤجرة (أنظر م ٥٦٥ وم ٥٦٨ وم ٥٦٩ وم ٥٧٠ وم ٥٧٢ ألخ) . وكل وقف في تنفيذ التزام المؤجر يحدث نقصاً في مقدار هذا الالتزام . فإذا تأخر المستأجر في دفع الأجرة ، فتمسك المؤجر بالدفع بعدم التنفيذ ومنع المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة من الزمان ، اعتبر المؤجر أنه لم ينفذ نهائياً - لا موقتاً - التزامه في حدود المدة التي منع فيها المستأجر من الانتفاع . فينقص التزامه بهذا المقدار ، ولا يمتد عقد الإيجار مدة تقابل المدة التي وقف فيها المؤجر تنفيذ العقد (١) .

ب - بالنسبة إلى الغير :

٥٠٢ - متى يسرى الدفع في حق الغير : يسرى الدفع في حق الغير

إذا كان هذا الغير قد كسب حقه بعد ثبوت الحق في التمسك بالدفع . مثل ذلك أن يتأخر المشتري عن دفع الثمن ، فيتمسك البائع بالدفع ويحبس العين المبيعة . فكل من كسب حقاً من المشتري على العين المبيعة بعد التمسك بالدفع يسرى في حقه الدفع . فإذا باع المشتري العين إلى مشتر ثان أو رهنها لدائن مرتهن ، جاز للدائن أن يبقى حابساً للعين في مواجهة المشتري الثاني أو الدائن المرتهن (٢) . ويمكن تعليل ذلك بأن المشتري لم ينقل إلى خلفه حقوقاً أكثر مما له ، وقد كانت حقوقه خاضعة لحق البائع في حبس العين ، فننتقل هذه الحقوق إلى الخلف خاضعة لهذا الحق . ولا يستطيع المشتري أن ينقل حقاً لا يملكه ، وفاقد الشيء لا يعطيه . وهذا هو المبدأ الذي قررناه في انتقال الالتزام إلى الخلف الخاص .

(١) أنظر في هذا الموضوع رسالة الدكتور عبد الحى حجازى في عقد المدة ص ١٦٦ -

ص ١٧٧ .

(٢) أنظر أيضاً المادة ٦٠٥ فقرة ٢ في تمسك المستأجر بحبس العين المؤجرة في مواجهة . انتقلت إليه ملكيتها . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آخفاً فقرة ٤٩٣ في الهامش) .

٥٠٣ - متى لا يسرى الرفع في حق الغير: ولا يسرى الدفع في حق

الغير إذا كان هذا الغير قد كسب حقه قبل ثبوت الحق في التمسك بالدفع. فإذا فرض أن شخصاً . بعد أن رهن منزله رهناً رسمياً ، سلمه إلى مستأجر بعقد إيجار غير ثابت التاريخ . ثم باعه . وأراد المشتري تسلم المنزل قبل انتهاء عقد الإيجار . فإن للمستأجر أن يرجع بالتعويض على المؤجر وأن يحبس العين في مواجهة المشتري (م ٦٠٥ فقرة ٢) . ولكن حقه في الحبس لا يسرى في مواجهة الدائن المرتهن لأن حق الرهن قد ثبت قبل ثبوت الحق في الحبس (١) .

(١) أنظر في هذا الموضوع نظرية الدفع للمؤلف فقرة ٦٧٧.

الباب الثاني
العهد غير المشروع
(المسئولية التقصيرية)

L'ACTE ILICITE
(La responsabilité délictuelle)

تمهيد (*)

٥٠٤- مسائل أربع : نعهد للكلام في العمل غير المشروع ، أو المسئولية التقصيرية ، وضع هذه المسئولية في مكانها بالنسبة إلى غيرها من أنواع المسئولية ، وتحديد دائرتها في وسط دوائر أوسع منها للمسئولية الأدبية والمسئولية الجنائية والمسئولية المدنية .

فتتكم في مسائل أربع : (١) التمييز بين المسئولية الأدبية والمسئولية القانونية . (٢) وفي المسئولية القانونية التمييز بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية . (٣) وفي المسئولية المدنية التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية . (٤) وفي المسئولية التقصيرية تطور هذه المسئولية .



§ ١ - التمييز بين المسئولية الأدبية والمسئولية القانونية

(Distinction entre la responsabilité morale et la responsabilité légale)

٥٠٥ - الفروق ما بين المسئولية الأدبية والمسئولية القانونية :

المسئولية الأدبية لا تدخل في دائرة القانون ، ولا يترتب عليها جزاء قانوني ،

(*) من المراجع العامة في المسئولية المدنية : هنرى وليون مازو في المسئولية المدنية ثلاثة أجزاء - ساقنتية في المسئولية جزآن - لالو (Lalou) في المسئولية المدنية - ديموج في الالتزامات (الأجزاء الثالث والرابع والخامس) - سيدان وكايتان في النظرية العامة في المسئولية المدنية (ضمن مبسوط بيدان في الالتزامات) - بلانيول وريبير وإسمان جزء أول - جاردينا وريتشى (Gardenat et Ricci) في المسئولية المدنية - سوردا (Sourdat) في النظرية العامة مسئولية جزآن - شرونى (Chironi) في المسئولية غير العقدية - هوبير (Heuber) في شروط المسئولية التقصيرية في القانون الألماني رسالة من نانسى سنة ١٩٤٠ - أنستاد محطى مرعى بك في المسئولية المدنية - الدكتور سليمان مرقس مذكرات في الفعل الفار - الموجز في النظرية العامة للالتزامات المؤلف - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام .

وأمرها موكول إلى الضمير . أما المسؤولية القانونية فتدخل في دائرة القانون ، ويترتب عليها جزاء قانوني .

وأهم الفروق ما بين هذين النوعين من المسؤولية ثلاثة :

(١) المسؤولية الأدبية تقوم على أساس ذاتي محض ، فهي مسؤولية أمام الله أو مسؤولية أمام الضمير . أما المسؤولية القانونية فيدخلها عنصر موضوعي . وهي مسؤولية شخص أمام شخص آخر .

(٢) ومن ثم تتحقق المسؤولية الأدبية حتى لو لم يوجد ضرر ، أو وجد ولكنه نزل بالمسئول نفسه فيكون هو المسئول والمضرور في وقت واحد . بل إن هواجس النفس وخلجات الضمير قد تحقق المسؤولية الأدبية ، ولو لم يكن لها مظهر خارجي . أما المسؤولية القانونية فلا تتحقق إلا إذا وجد ضرر ، وأحاق هذا الضرر بشخص آخر غير المسئول .

(٣) وينبني على ذلك أن المسؤولية الأدبية أوسع نطاقاً من المسؤولية القانونية . فهي تتصل بعلاقة الإنسان بربه . وبعلاقته بنفسه ، وبعلاقته بغيره من الناس . أما المسؤولية القانونية فلا تتصل إلا بعلاقة الإنسان بغيره من الناس . وإذا تركنا المسؤولية الأدبية ووقفنا عند المسؤولية القانونية ، نراها نوعين : مسؤولية جنائية ومسؤولية مدنية .

٢ - التمييز بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية .

(Distinction entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile)

٥٠٦ - الفروق ما بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية : هناك فرقان

جوهريان ما بين المسئوليتين الجنائية والمدنية :

(أولاً) تقوم المسؤولية الجنائية على أن هناك ضرراً أصاب المجتمع . أما المسؤولية المدنية فتقوم على أن هناك ضرراً أصاب الفرد . وترتب على ذلك النتائج الآتية : (١) جزاء المسؤولية الجنائية عقوبة ، أما جزاء المسؤولية المدنية فتعويض . (٢) الذي يطالب بالجزاء في المسؤولية الجنائية هو النيابة العامة باعتبارها ممثلة للمجتمع ، أما الذي يطالب بالجزاء في المسؤولية المدنية فالمضرور نفسه لأن الجزاء حقه هو . (٣) لا يجوز الصلح ولا التنازل في المسؤولية الجنائية لأن الحق فيها عام للمجتمع . ويجوز الصلح والتنازل في المسؤولية المدنية لأن الحق

فيها نخص بالفرد . (٤) لما كانت العقوبة في المسؤولية الجنائية تنطوي على معنى الإلزام كان من الواجب حصر الجرائم والعقوبات . فلا عقوبة بلا جريمة ولا جريمة بلا نص ، أما المسؤولية المدنية فتترتب على أى عمل غير مشروع دون حاجة لنصوص تبين الأعمال غير المشروعة عملاً عملاً .

(ثانياً) النية ركن في المسؤولية الجنائية . وهنا تقترب المسؤولية الجنائية من المسؤولية الأدبية . ولكن إذا كان محض النية يكتفى في المسؤولية الأدبية . فهو لا يكتفى في المسؤولية الجنائية . بل يجب أن يكون للنية مظهر خارجي يصل إلى حد معين من الجسامة : فالتصميم والأعمال التحضيرية لا غفاب عليها . والشروع قد يعاقب ، ويعاقب الفعل النام . وإلى جانب هذا المظهر الخارجي يغلب أن تكون الجريمة الجنائية عملاً يلحق الضرر بالمجتمع . بل إن جسامة الضرر قد يكون لها أثر في العقوبة . فتشدد في الضرب الذى يفضى إلى موت أو الذى يحدث عاهة مستديمة عما هي في الضرب البسيط ، مع أن النية واحدة في هذه الأعمال . وقد تزداد أهمية الضرر إلى حد أن يجب الضرر النية . فهناك أعمال تعد جرائم لأنها ضارة بالمجتمع سواء صاحبها النية أو لم صاحبها . كالحافلات التى لا تشترط فيها النية والجرائم التى يكتفى فيها بمجرد الإهمال . ولكن ، من جهة أخرى ، قد يكتفى في المسؤولية الجنائية احتمال وقوع الضرر لا وقوعه بالفعل ، كما هو الأمر فيما يسمى الآلافى القانون الجنائي بالتدابير المانعة (mesures de sûreté) . ومهما يكن من أمر ، فالنية في المسؤولية الجنائية إذا لم تكن وحدها كافية فإن وجودها ضرورى في أكثر الجرائم .

أما في المسؤولية المدنية فالنية لا تشترط . وأكثر ما يكون الخطأ المدنى إهمال لا عمد . وسواء كان العمل غير المشروع عمداً أو غير عمد ، فإن الضرر الذى يحدثه يجب أن يعرض كاملاً دون تفريق ما بين الحالتين ، وإن كان القضاء يميل ميلاً طبعياً إلى زيادة التعويض في الفعل العمد . وإلى قياس التعويض بجسامة الخطأ في المعنى غير العمد .

٥٠٧ - العمل الواجب ترتيب عليه المسؤولية : معاً وقد ترتب عليه

مسؤولية دوره الأخرى : ويتبين مما تقدم أن قيام إحدى المسؤوليتين لا يتعارض

مع قيام المسؤولية الأخرى . وقد يترتب على العمل الواحد مسئولية جنائية مسئولية مدنية في وقت معاً ، كالقتل والسرقة والضرب والسب والقذف . فكل عمل من هذه الأعمال يحدث ضرراً بالمجتمع وبالفرد في وقت واحد . فيكون من ارتكب هذا العمل مسئولاً مسئولية جنائية جزاؤها العقوبة . ومسئولاً مسئولية مدنية جزاؤها التعويض .

ولكن يصح ألا يترتب على العمل إلا إحدى المسئوليتين دون الأخرى . فتتحقق المسئولية الجنائية دون المسئولية المدنية إذا لم يلحق العمل ضرراً بأحد . كما في بعض جرائم الشروع وجرائم أخرى كالنشر ومخالفات المرور وحمل السلاح والاتفاق الجنائي . وتتحقق المسئولية المدنية دون المسئولية الجنائية إذا ألحق العمل ضرراً بالغير دون أن يدخل ضمن الأعمال المعاقب عليها في القوانين الجنائية ، كابتلاع مال الغير عن غير عمد وإغواء امرأة غير قاصر وسوء العلاج والمنافسة غير المشروعة وفصل العامل في وقت غير لائق وجميع المسئوليات التي تقوم على خطأ مفروض (١) .

٥٠٨ - الآثار التي تترتب على اجتماع المسئولين في عمل واحد : إذا

ترتب على العمل الواحد المسئولتان الجنائية والمدنية معاً ، أثرت المسئولية الجنائية ، وهي أقوى لأنها حق المجتمع ، في المسئولية المدنية ، وهي أضعف لأنها حق الفرد . ويظهر ذلك فيما يأتي :

(١) أظن في قيام المسئولية المدنية دون المسئولية الجنائية : استئناف مختلط في ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ م ٤٩ - وفي ٢ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦١ م ٨١ - وفي ترتب المسئولية المدنية دون المسئولية الجنائية في التزوير واستعمال الورقة المزورة : قض جنائي في ٣٠ مارس سنة ١٩٤٢ الحاماة ٢٣ رقم ٣٢ م ٥٨ - وفي قيام المسئولية الجنائية على خطأ لمسئول مع قيام المسئولية المدنية على خطأ مشترك : استئناف مختلط في أول مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ م ٨١ .

وقضت محكمة انقض بأن قرار الحفظ الذي تصدره النيابة العامة أيما كان سببه ، سواء لأنها قدرت أن وقوع الحادث لا يرد إلى خطأ مهما كانت صورته ، أو لأن نسبة الخطأ إلى شخص بينه غير صحيح أو لم يبق عليه دليل كاف - هذا القرار لا يجوز قوة الأمر المقضي قبل الضرور بالحادث ، فلا يجوز بينه وبين الدعوى المدنية يقيم فيها الدليل على الخطأ ونسبته إلى المدعى عليه فيها (قض مدني في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ طعن رقم ٣٤ سنة ١٨ قضائية لم ينشر) .

(أولاً) التقادم : تقضى المادة ١٧٢ من القانون الجديد بأن دعوى التعويض المدنية لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية . فإذا ترتب على العمل الواحد دعويان ، الدعوى المدنية والدعوى الجنائية ، فإن عدم تقادم الدعوى الجنائية يقف تقادم الدعوى المدنية .

ويستخلص من هذا أن الدعوى الجنائية تبعث الحياة في الدعوى المدنية ، فتبقى هذه ما دامت تلك باقية . ولا عكس . فبقاء الدعوى المدنية قائمة لا يمنع من تقادم الدعوى الجنائية . وسيأتى تفصيل ذلك .

(ثانياً) الاختصاص : إذا ترتب على العمل الواحد المسئولتان الجنائية والمدنية ، أمكن رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية ، لأن الدعوى المدنية هي التي تتبع الدعوى الجنائية .

(ثالثاً) وقف الدعوى : إذا ترتب على العمل الواحد المسئولتان الجنائية والمدنية ، ورفعت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية ، فرفع الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية يقف سير الدعوى المدنية ، وعلى المحكمة المدنية أن تأمر بوقف الدعوى حتى يبت في الدعوى الجنائية . ولا يجوز عندئذ الرجوع عن الطريق المدني ورفع الدعوى المدنية من جديد أمام المحكمة الجنائية . ومن ثم نرى أن الدعوى الجنائية تقف الدعوى المدنية (Le criminel tient le civil en état)

(رابعاً) قوة الأمر المقضى : وإذا بقت المحكمة الجنائية في الدعوى بحكم ، حاز هذا الحكم قوة الأمر المقضى . وتنفيد المحكمة المدنية عندئذ بما أثبتته المحكمة الجنائية في حكمها من وقائع ، دون أن تنفذ بالتكليف القانوني لهذه الوقائع ، فقد يختلف التكليف من الناحية المدنية عنه من الناحية الجنائية . وينبنى على ذلك أنه إذا حكم القاضي الجنائي بالبراءة أو بالإدانة لأسباب ترجع إلى الوقائع ، بأن أثبت في حكمه أن العمل المسند إلى المتهم لم يثبت وقوعه منه أو ثبت وقوعه ، تنفذ القاضي المدني بالوقائع التي أثبتتها الحكم الجنائي . فلا يجوز أن يقول إن العمل قد ثبت حيث لم يثبت أو لم يثبت حيث قد ثبت ، ولكن يجوز أن يكيف الوقائع الثابتة تكييفاً مدنياً غير التكليف الجنائي . أما إذا حكم القاضي الجنائي بالبراءة لأسباب ترجع إلى التكليف القانوني ، كأن كان

الإهمال الثابت صدوره من المهم لا يصل إلى درجة الإهمال الجنائي (١) :
أو كانت الدعوى العمومية قد سقطت بموت المهم ، أو كان هناك مانع من
توقيع العقوبة الجنائية لأن السارق ابن للمجنى عليه أو صدر لمصلحته عفو
شامل ، فإن ذلك لا يمنع القاضي المدني من الحكم بالمسئولية المدنية .
ونقف الآن عند المسئولية المدنية ، وهى أيضاً نوعان : مسئولية عقدية
ومسئولية تقصيرية .

٣٨ - التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية

(Distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité
délictuelle)

٥٠٩ - المسئولية العقدية والتقصيرية - ازدواج المسئولية أو

وهرتها : المسئولية العقدية تقوم على الإخلال بالتزام عقدي يختلف باختلاف
ما اشتمل عليه العقد من التزامات . والمسئولية التقصيرية تقوم على الإخلال
بالتزام قانوني واحد لا يتغير هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير . فالدائن
والمدين في المسئولية العقدية كانا مرتبطين بعقد قبل تحقق المسئولية ، أما في
المسئولية التقصيرية قبل أن تتحقق فقد كان المدين أجنبياً عن الدائن . مثل
المسئولية العقدية أن يرم عقد بيع . ثم يتعرض البائع للمشتري في العين المبيعة ،
فيخل بالتزامه العقدي من عدم التعرض . ومثل المسئولية التقصيرية أن تكون
العين في يد مالكها ، ويتعرض له فيها أجنبي ، فتتحقق مسئولية المتعرض .
ولكن مسئوليته هنا تقصيرية لا عقدية ، إذ هو لم يخل بالتزام عقدي بوجب
عليه عدم التعرض للعين . بل أحل بالتزام قانوني عام يفرض عليه عدم
الإضرار بالغير ويدخل في هذا الغير مالك العين .

(١) قد يكون الإهمال الصادر من التهم لا يكفي لمساءلته جنائياً ، ويكفي للمسئولية المدنية
حيث تقوم هذه المسئولية على خطأ مفروض في بعض الأحوال . على أن محكمة النقض قد قضت
بأن الإهمال في جريمة الجرح بإهمال المنصوص عليها في المادة ٢٤٤ من قانون العقوبات لا يختلف
في أى عنصر من عناصره عن الخطأ غير المفروض الذى يستوجب المساءلة المدنية ، فبراءة التهم
في الدعوى الجنائية لعدم ثبوت الخطأ المدعى به تستلزم حتماً رفض الدعوى المدنية المؤسدة على
هذا الخطأ (تقض جنائي في ٨ مارس سنة ١٩٤٣ الحاماة ٢٥ رقم ٤٥ من ١٣٢) .

هذا كله لا خلاف فيه . وإنما الخلاف في تكييفه . فن الفقهاء من يذهب إلى وجوب التمييز ما بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية لوجود فروق هامة بينهما تقتضى هذا التمييز ، وهؤلاء هم أنصار ازدواج المسؤولية (dualité de responsabilité) . ومنهم من يرى ألا محل لهذا التمييز بين المسئولين . فإن أحدهما لا يختلف عن الأخرى في طبيعتها . وهؤلاء هم أنصار وحدة المسؤولية (unité de responsabilité) .

٥١٠ - أنصار ازدواج المسؤولية : وهؤلاء هم كثرة الفقهاء . يقولون إن هناك فروقاً هامة ما بين المسئولين العقدية والتقصيرية تقتضى وجوب التمييز بينهما حتى يطبق على كل منهما ما يخصه من أحكام . ويحملون هذه الفروق في الوجود الآتية :

١ - الأهلية : في المسؤولية العقدية تشترط أهلية الرشد في أكثر العقود . أما في المسؤولية التقصيرية فتكفي أهلية التمييز .

٢ - الإثبات : في المسؤولية العقدية يتحمل المدين عبء إثبات أنه قام بالتزامه العقدى بعد أن يثبت الدائن وجود العقد . أما في المسؤولية التقصيرية فالدائن هو الذى يثبت أن المدين قد خرق التزامه القانونى ، وارتكب عملاً غير مشروع .

٣ - الإعذار : في المسؤولية العقدية يشترط إعذار المدين إلا في حالات استثنائية . أما في المسؤولية التقصيرية فلا إعذار (١) .

٤ - مدى تعويض الضرر : في المسؤولية العقدية لا يكون التعويض إلا عن الضرر المباشر متوقع الحصول . أما في المسؤولية التقصيرية فيكون التعويض عن أى ضرر مباشر . سواء كان متوقعاً أو غير متوقع (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كُتبت عمكة الموضوع ماثبت لها من وقائع الدعوى نكيباً خاطئاً نقلت به الدعوى عن حقيقتها ، وأعطتها حكماً قانونياً غير ما يجب إعطاؤه لها ، كأن اعتبر التفسير في تنفيذ عقد المفاضة بالتسليم خطأً فعلياً (faute délictuelle) كالاعتصاب بوجوب التضمن على القصر من يوم تقصيره لامن يوم التنبه الرسمى ، فإن الحكم الذى تصدره بهذا يكون مخالفاً للقانون ويتعين نقضه (نقض مدنى في ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ (مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٣ ص ٦٦٦) .

(٢) استئناف مختلط في ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٨ .

٥ - التضامن : في المسؤولية العقدية لا يثبت التضامن إلا باتفاق . أما في المسؤولية التقصيرية فالتضامن ثابت بحكم القانون .

٦ - الإعفاء الاتفاقى من المسؤولية : يجوز هذا الإعفاء بوجه عام في المسؤولية العقدية . ولا يجوز في المسؤولية التقصيرية .

٧ - التقادم : تتقادم المسؤولية العقدية بخمس عشرة سنة . أما المسؤولية التقصيرية فتتقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال .

٥١١ - أنصار ومدة المسؤولية : وأبرز هؤلاء الأنصار الأستاذ بلانيول .

وهم يقولون بالأفراق في الطبيعة ما بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية . كلتاهما جزاء لالتزام سابق : المسؤولية العقدية جزاء لالتزام عقدي لم يقم به الملتزم ، والمسؤولية التقصيرية جزاء لالتزام قانوني أحل به المثل . والمدين في الحالتين تحقق مسئولته لسبب واحد هو إخلاله بهذا الالتزام العقدي أو القانوني . فالمسئولتان إذن تتحدان في السبب وفي النتيجة ، فتكون طبيعتهما واحدة ، ولا محل للتفريق بينهما . أما ما استظهره أنصار ازدواج المسؤولية من فروق ما بين المسئوليتين ، فهي فروق ظاهرية لا تثبت عند التعمق في النظر . ويستعرضون هذه الفروق على النحو الآتي :

١ - الأهلية : ليس صحيحاً أن يقال إن أهلية الرشد تشترط في المسؤولية العقدية وتكفي أهلية التمييز في المسؤولية التقصيرية . والصحيح ألا أهلية في كلتا المسئوليتين . إنما الأهلية في العقد دون غيره . فيشترط الرشد في أكثر العقود . فإذا تم العقد صحيحاً كان على المدين أن ينفذ التزامه العقدي ، وإلا كان مسئولاً مسؤولية عقدية . ولا يشترط في هذه المسؤولية العقدية أية أهلية ، حتى لو أن المدين زالت أهليته بعد أن كان أهلاً وقت التعاقد ، بقي ملتزماً بالعقد . وبقيت مسئولته العقدية قائمة بعد زوال أهليته ، ولا يخلو من هذه المسؤولية إلا القوة القاهرة أو نحوها . وفي المسؤولية التقصيرية لا محل للكلام في الأهلية . وليس صحيحاً أن يقال إن أهلية التمييز واجبة في هذه المسؤولية . والصحيح أن المسئول يشترط لتحقيق مسئولته أن يرتكب خطأ . ونسبة الخطأ إلى المسئول تقتضى أن يكون مميزاً . فالتمييز إذن هو شرط لتحقيق المسؤولية ، وليس أهلية في المسئول .

٢ - الإثبات : ولا فرق بين المسئوليتين فيمن يحمل عبء الإثبات . ففي

كلاهما يحمله الدائن . يثبت في المسئولية العقدية العقد ، وهو مصدر الالتزام السابق الذي ترتب على الإخلال به تحقق المسئولية العقدية . أما في المسئولية التقصيرية فلا حاجة به إلى إثبات الالتزام القانوني بعدم الإضرار بالغير ، وهو الالتزام السابق الذي ترتب على الإخلال به تحقق المسئولية التقصيرية ، لأنه التزم مقرر على الكافة فرضه القانون ، فإذا ثبت الالتزام السابق في كلتا المسئوليتين على هذا الوجه ، بقي إثبات الإخلال به . وهذا يحمله الدائن عبء الإثبات أو يحمله المدعى ، لا تبعاً لما إذا كانت المسئولية تقصيرية أو عقدية ، بل تبعاً لما إذا كان الالتزام السابق هو التزم بعمل أو التزم بامتناع عن عمل . فالمدعى هو الذي يثبت أنه قام بالعمل الذي التزم بالقيام به ، والدائن هو الذي يثبت أن المدعى قد أتى العمل الذي التزم بالامتناع عنه . ففي المسئولية لعقدية إذا كان الالتزام العقدى عملاً - ويدخل في ذلك نقل الحق العيني - فعلى المدعى أن يثبت أنه قام به ، وهو يحمل عبء الإثبات لا لأن المسئولية عقدية بل لأن الالتزام الذي أحل به هو التزم بعمل . أما إذا كان الالتزام امتناعاً عن عمل ، فالدائن هو الذي يثبت أن المدعى قد أحل بالتزامه . وكذلك الحال في المسئولية التقصيرية . ولكن لما كان الالتزام القانوني السابق في هذه المسئولية دائماً هو الالتزام بالامتناع عن عمل - عدم الإضرار بالغير - فالدائن إذن هو الذي يثبت في المسئولية التقصيرية أن المدعى قد أحل بالتزامه وأحدث الضرر بخطئه . ولكن ليس ذلك لأن المسئولية تقصيرية ، بل لأن الالتزام الذي أحل به المدعى هو التزم بالامتناع عن عمل . ومن هنا يتبين أن عبء الإثبات في المسئولية العقدية يحمله المدعى تارة وطوراً يحمله الدائن تبعاً لما إذا كان الالتزام العقدى السابق هو التزم بإجباي أو التزم سلبى ، وعبء الإثبات في المسئولية التقصيرية يحمله الدائن في جميع الأحوال لأن الالتزام القانوني السابق هو دائماً التزم سلبى . فالعبء إذن فيمن يحمل عبء الإثبات ، لا بنوع المسئولية هل هي عقدية أو تقصيرية ، بل بالالتزام السابق هل هو إجباي أو سلبى .

٣ - الإعذار : وليس صحيحاً أن الإعذار بشرط في المسئولية العقدية

دون المسئولية التقصيرية . فالإعذار لا بشرط في الالتزامات السلبية إذا أحل

٣. المدعى ، سواء كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية . ولما كان الالتزام في المسؤولية التقصيرية هو دائماً التزام سلبى ، لذلك لا يشترط الإعذار . وهو أيضاً لا يشترط في المسؤولية العقدية إذا كان الالتزام العقدى التزاماً سلبياً كما هو معروف . فالعبارة هنا أيضاً بما إذا كان الالتزام إيجابياً أو سلبياً . لا بما إذا كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية .

٤ - مدى تعويض الضرر : والسبب في أن التعويض في المسؤولية العقدية لا يتناول الضرر غير المتوقع ولو كان مباشراً أن هذا الضرر لم يدخل في حساب المتعاقدين لأحدهما لم يكونا يتوقعانه .

٥ - التضامن : والسبب في أن التضامن ينبت بمقتضى القانون في المسؤولية التقصيرية أن الخطأ هو السبب في الضرر ، فإذا ارتكب الخطأ اثنان كان خطأ كل منهما هو السبب في الضرر فوجب عليه التعويض كاملاً ، ومن ثم قام التضامن .

٦ - الإعفاء الاتفاقى من المسؤولية : والسبب في أن هذا الإعفاء لا يجوز في المسؤولية التقصيرية أن القانون هو الذى قرر أحكام هذه المسؤولية ، فهى من النظام العام .

٧ - التقادم : وإذا كانت المسؤولية التقصيرية تتقادم بثلاث سنوات في بعض الأحوال ، فهذا أمر لا يرجع إلى طبيعة المسؤولية . بل إن المشرع قرر ذلك لحكمة ارتأها هو ، وقد لا يرتبها مشرع آخر . وكان القانون القديم يجعل مدة التقادم في المسؤولية التقصيرية خمس عشرة سنة كما في المسؤولية العقدية .

٥١٢ - الوضع العجيب للمدانة - وجوب التمييز بين المسؤولية العقدية

والمسؤولية التقصيرية : لاشك في أن المسئولتين العقدية والتقصيرية تقومان على مبدأ واحد . فكلتاهما جزاء للإخلال بالالتزام سابق . ولا فرق بينهما في هذه الناحية : لا من حيث الأهلية ولا من حيث الإثبات ولا من حيث الإعذار . وقد استطاع أنصار وحدة المسؤولية أن يثبتوا ذلك . فالأهلية لا تكون إلا في العقد ، ولا محل للكلام فيها لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية ، وعبء الإثبات وضرورة الإعذار العبارة فيها لا بأن المسؤولية عقدية أو تقصيرية . بل بأن الالتزام السابق إيجابى أو سلبى .

ولكن إلى هنا تتفق المسئوليان . وهما يختلفان بعد ذلك . تختلفان في أن الالتزام السابق الذي ترتب على الإخلال به تحقق المسئولية هو التزام عقدي في المسئولية العقدية ، وهو التزام قانوني في المسئولية التقصيرية . وهذا الاختلاف يترتب عليه فروق جوهرية لا فروق عرضية .

ففي المسئولية العقدية الدائن والمدين هما اللذان بإرادتهما أنشأ هذا الالتزام السابق وحددا مداه . ومن ثم ربما مدى التعويض عن الضرر ، فلم يدخل في حسابهما الضرر غير المتوقع . ولم تنصرف إرادتهما إلى التعويض عنه ، فلا تعويض . ومن ثم كانت إرادة المتعاقدين . إذا تعدد المدين ، هي التي تحدد مدى اشتراك كل مدين في المسئولية . والأصل ألا تضامن بين المدينين . فإذا أريد التضامن وجب أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى اشتراطه . ومن ثم جاز للمتعاقدين . وهما اللذان بإرادتهما حددا مدى الالتزام . أن يتراضيا على الإعفاء منه في حالات معينة . ومن ثم أخيراً لا يتقدم الالتزام ، وهما اللذان ارتضاه . إلا لمدة طويلة هي خمس عشرة سنة .

ولا كذلك في المسئولية التقصيرية . فإن الالتزام الذي ترتب على الإخلال به تحقق هذه المسئولية هو التزام قانوني . أي التزام القانون هو الذي أنشأه وحدد مداه . ولم تدخل إرادة الطرفين في شيء من ذلك . ومن ثم وجب التعويض عن كل الضرر . سواء توقعه الطرفان أو لم يتوقعاه ، مادام مباشرًا ، لأن هذا هو الأصل في التعويض . ولم تتدخل إرادة الطرفين لتتوق التعويض عن الضرر غير المتوقع . ومن ثم إذا اشترك أكثر من واحد في إحداث الضرر ، كان كل منهم متسبباً فيه ، ووجب عليه التعويض كاملاً ، ومن هنا قام التضامن . ومن ثم لا يجوز للطرفين أن يتراضيا على الإعفاء من المسئولية التقصيرية ، فإن الالتزام الذي أحل به المدين هو التزام فرضه القانون . ولا دخل فيه لإرادة الطرفين ، فالقانون هو الذي يعنى به في الحالات التي ينص عليها . ومن ثم رأى المشرع في المسئولية التقصيرية ، والالتزام مفروض على المدين دون أن يرتضيه . أن يكون التقادم لمدة أقصر من مدة التقادم في المسئولية العقدية وفيما ارتضى المدين الالتزام عن طواعية واختيار ولم يفرضه عليه القانون فرضاً .

إذن توجد فروق جوهرية بين المسئولية العقدية ، المسئولية التقصيرية .

ترجع إلى طبيعة كل من مسئوليتين . فالمسئولية العقدية جزاء للإخلال بالتزام عقدي ، والطبيعة العقدية لهذا الالتزام هي التي أملت الحلول العمالية التي تنفق معها . والمسئولية التقصيرية جزاء للإخلال بالتزام قانوني . وطبيعة هذا الالتزام هي التي أملت الحلول العمالية التي تلائمها والتي تخالف الحلول العملية الأولى . فلا بد إذن من التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ، لأن التمييز بينهما يتطلب طبيعة كل منهما . وتترتب عليه فروق جوهرية فيما بينهما ، هي التي ذكرناها فيما تقدم (١) .

٥١٣ - تحديد نطاق كل من المسئوليتين : أما وقد وجب التمييز بين

المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية . وثبت أن هناك فروقاً جوهرية بينهما ، فإنه يتعين أن نحدد نطاق كل منهما . حتى نترتب على كل مسئولية ما يتعلق بها من الأحكام .

نطاق المسئولية التقصيرية حدوده واضحة . فإن هذه المسئولية تتحقق حيث يرتكب شخص خطأً يصيب الغير بضرر . فالدائن المضرور هنا أجنبي عن المدين ، لا يرتبط بعقد معه .

أما المسئولية العقدية فيحدد نطاقها شرطان : أولهما أن يقوم عقد صحيح ما بين الدائن والمدين ، والثاني أن يكون الضرر الذي ألحساب الدائن قد وقع بسبب عدم تنفيذ هذا العقد . ونبحث كلا من الشرطين .

فالشرط الأول هو أن يقوم عقد صحيح ما بين الدائن والمدين . فإذا لم يكن هناك عقد أصلاً ، ولو وجدت شبهة عقد ، فالمسئولية لا تكون عقدية . مثل ذلك أن يدعو صديق صديقه للركوب معه في عربته بجاملة (٢) . أو بدعوه للغداء أو للسهرة ، أو يحطب رجل امرأة ، فلا عقد في مثل هذه الأحوال ،

(١) هذا إلى أن عبء الإثبات — من الناحية العملية المحضة — يبدو فرقة جوهرية ما بين المسئوليتين . وقد كان هو والإعفاء الاتفاق من المسئولية سببين رئيسيين لتلئس المسئولية العقدية في بعض الفروض — كما في عقد نقل الأشخاص والتزام أمين النقل بسلامة الراكب التزاماً كيف بأنه التزام عقدي — أو لقول بالحيرة ما بين المسئوليتين — كما في عقد النقل إذا اقترن بشرط الإعفاء فإن القول بالحيرة يمكن من اختيار المسئولية التقصيرية وهذه لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها .

(٢) سيأتى تفصيل للأحكام التي تطبق في النقل المجاني فيما يلي (أنظر فقرة ٥٤٦) .

والمسئولية لا تكون إلا تقصيرية بأن يثبت المضرور أن هناك خطأ ارتكبه المسئول . كأن يرتكب الصديق خطأ في قيادة العرب ، أو يعتمد الإخلال بالدعوة إضراراً بصديقه . أو يعدل الخاطب عن الزواج إضراراً بخطيبته . فإذا قام عقد بين الدائن والمدين أمكن أن تتحقق المسئولية العقدية . ولكن المدة السابقة على تكوين العقد لا تتحقق فيها إلا مسئولية تقصيرية ، كما هي الحال في نظرية الخطأ عند تكوين العقد وقد مر بيانها، وكما في قطع المفاوضات للتعاقد في وقت غير لائق، وكما في رفض شخص للتعاقد بعد أن دعا هو إليه . كذلك المدة التالية لانقضاء العقد لا تتحقق فيها إلا مسئولية تقصيرية ، كما إذا دخل مهندس في خدمة مصنع واطلع على أسرارها ولما انقضى عقد خدمته دخل في خدمة مصنع منافس وأفضى بالأسرار التي وقف عليها في المصنع الأول - ويجب أن يكون العقد القائم بين الدائن والمدين عقداً صحيحاً ، فإن كان باطلاً أو قابلاً للإبطال فالمسئولية العقدية لا تتحقق . وقد ورد تطبيق لهذا الحكم في المادة ١١٩ من القانون المدني الجديد ، وهي تنص بأنه يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال بالزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته . في هذه الحالة . بعد أن يبطل ناقص الأهلية العقد . يكون مسئولاً مسئولية تقصيرية عن استعماله للطرق الاحتياطية التي قادت إلى التعاقد - والمسئولية العقدية لا تتحقق إلا فيما بين الدائن والمدين اللذين يربطهما العقد . فإذا دفع أجنبي أحد المتعاقدين على أن يخل بتعاقده ، كصاحب مصنع يحرص مستخدماً في مصنع آخر على الخروج من هذا المصنع قبل انتهاء عقد الاستخدام للدخول في خدمة المصنع الأول . تحققت المسئولية العقدية فيما بين صاحب المصنع الثاني والمستخدم لارتباطهما بالعقد . ولكن لا تتحقق المسئولية تقصيرية فيما بين صاحب المصنع الثاني وصاحب المصنع الأول ، لأن هذا لم يرتبط بعقد الاستخدام . وإذا أمن شخص على مسئوليته ثم تحققت هذه المسئولية . فإن مسئولية شركة التأمين نحو المؤمن له تكون مسئولية عقدية لارتباطهما بعقد التأمين . ولكن مسئولية المؤمن له نحو المصاب تكون مسئولية تقصيرية لأن عند التأمين لم يكن المصاب طرفاً فيه . أما إذا اشترط المؤمن له في عقد التأمين لصاحبه

المصاحب . فإن شركة التأمين تكون مسئولة نحو المصاحب مسئولة عقدية . دون أن يكون المصاحب طرفاً في عقد التأمين . وبعد هذا استثناء من القاعدة التي تقضي بأن المسؤولية العقدية لا تتحقق إلا فيما بين طرفي العقد . نزولاً على أحكام الاشرط انصلحة الغير .

والشرط الثاني أن يكون للضرر الذي أصاب الدائن قد وقع بسبب عدم تنفيذ العقد . فإذا كان الضرر قد حدث من عمل لا يعتبر عدم تنفيذ للعقد ، فإن المسؤولية العقدية لا تتحقق . بل تتحقق المسؤولية التقصيرية . مثل ذلك الهبة ، فإن الواهب لا يضمن خلط الشيء الموهوب من العيب إلا إذا تعمد إخفاء العيب أو ضمنه . فإن كان الشيء الموهوب معيباً ولم يضمن الواهب العيب ولم يتعمد إخفاءه . وتسبب عن العيب ضرر للموهوب له . فإن مسؤولية الواهب تكون هنا مسؤولية تقصيرية . ويكون على الموهوب له أن يثبت خطأ في جانب الواهب . أما إذا وقع الضرر بسبب عدم تنفيذ العقد فإن المسؤولية العقدية تتحقق . كما إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع إلى المشتري بالرغم من إعداده وهلك المبيع في يد البائع . ومن ثم وجب تحديد الالتزامات التي تنشأ من العقد حتى يعد عدم تنفيذها سبباً لتحقيق المسؤولية العقدية . وهناك عقود يصعب فيها تحديد هذه الالتزامات (١) . ويرجع في التحديد

(١) ويصعب هذا بنوع خاص في العقود التي تشمل على التزام بكفالة السلامة (obligation de sécurité) . فعقد نقل الأشياء يتضمن دون شك هذا الالتزام ، ويعتبر أمين النقل مسؤولاً مسؤولية عقدية إذا تلفت الأشياء التي تعهد بنقلها في أثناء النقل . أما عقد نقل الأشخاص ، فالأمر فيه ليس واضحاً وضوحه في عقد نقل الأشياء . ذلك أن الشيء إذا سلمه أمين النقل لنقله يخضع خضوعاً تاماً لسيطرته ، إذ ليست له حركة ذاتية ، أوله هذه الحركة كالحیوان ولكن يمكن ضبطها . أما الشخص الذي يتعهد أمين النقل بنقله فله حركة ذاتية ، لا يخضع زمامها خضوعاً تاماً لسيطرة أمين النقل . على أن القضاء والفقه ، في مصر وفي فرنسا ، يربان التزاماً بكفالة السلامة في ذمة أمين النقل ، حتى بالنسبة إلى نقل الأشخاص .

والالتزام بالسلامة يختلف مداه في عقد عنه في عقد آخر . ففي بعض العقود يكون التزاماً ببذل عناية ، كالتزام الطبيب في علاج المريض ، يكفي فيه أن يثبت الطبيب أنه اصطنع الحيلة واليقظة بالمقدر المطلوب في صناعة الطب حتى يكون قد وفى التزامه ولو لم يشف المريض فلا تتحقق مسؤوليته العقدية . وفي عقود أخرى ، كمقد النقل المتقدم الذكر ، يكون التزاماً بتحقيق غاية ، فيكفل المدين سلامة الدائن ، ولا تنتفى مسؤوليته العقدية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي .

(أنظر في الالتزام بكفالة السلامة نرزو ١ ص ١٦٥ - ص ١٨٩) .

الى اية المتعاقدين الصريحة أو الضمنية . وعلى القاضى أن يكشف عن هذه النية بطرق التفسير المعتادة (١) .

٥١٤ - عدم جواز الجمع ما بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية :

بعد أن بينا وجوب التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ، وحددنا نطاق كل من المسؤوليتين ، وجب أن نواجه فرضاً يتحقق في كثير من الأحيان ، وهو أن يتوافر في العمل الواحد شروط المسؤولية العقدية وشروط المسؤولية التقصيرية في وقت معاً . ويعرض في صدد هذا الفرض سؤال أول لا يحوم أى شك في الجواب عليه . هو هل يجوز للدائن الذى أصابه الضرر بسبب هذا العمل أن يجمع بين المسؤوليتين في الرجوع على المدين ؟

لا شك في أن الدائن لا يجوز له بالجمع بين المسؤوليتين في الرجوع على المدين ، إذ الجمع - بأى معنى فهم هذا اللفظ - غير مستساغ

قد يفهم الجمع بمعنى أن الدائن يطالب بتعويضين . تعويض عن المسؤولية العقدية وآخر عن المسؤولية التقصيرية . وهذا غير مستساغ . لأن الضرر الواحد لا يجوز تعويضه مرتين .

وقد يفهم الجمع بمعنى أن الدائن يطالب بتعويض واحد . ولكن يجمع في دعوى التعويض بين ما يختاره من خصائص المسؤولية العقدية ، كأن يطالب المدين بإثبات أنه قام بتنفيذ التزامه ، ومن خصائص المسؤولية التقصيرية ، كأن يطالب المدين بتعويض عن الضرر غير المتوقع أو يتمسك ببطالان الإعفاء الاتفاقى من المسؤولية . وهذا أيضاً غير مستساغ . فإن كلا من دعوى التعويض العقابية ودعوى التعويض التقصيرية لها خصائصها . والدائن لا يستطيع أن يرفع إلا إحدى الدعويتين . أما الدعوى التى يخلط فيها ما بين خصائص كلتا الدعويتين فهى ليست بالدعوى العقدية ولا بالدعوى التقصيرية ، بل هى دعوى ثالثة لا يعرفها القانون .

وقد يفهم الجمع معنى ثالث ، هو أن الدائن إذا رفع إحدى الدعويتين

(١) ومن هذه الطرق الرجوع إلى النصوص التشريعية المفسرة لإرادة المتعاقدين أو المحكمة لها . وهذه النصوص كثيرة في العقود المسماة .

محسره يستطيع أن يرفع الدعوى الأخرى . ولكن الفقه - بخلاف
القضاء الفرنسي - يجمع على أن قوة الشيء المقضى يحول دون ذلك . فلا
يسوغ الجمع حتى بهذا المعنى (١) .

٥٩٥ - عزم موارد الخيرة ما بين المسئولية العقدية والمسئولية

التقصيرية : الجمع إذن غير مستساغ في أى معنى من معانيه . ومن ثم نرى
علم الدقة في التعبير عندما يقال هل يجوز الجمع بين المسئوليتين أو لا يجوز ؟
فهذا السؤال لا يحتمل الجواب عليه شكاً ، إذ الجمع قطعاً لا يجوز . ولكن
الشك يقوم إذا أبدل بلفظ « الجمع » (cumul) لفظ « الخيرة » (option) ،
ف قيل هل تجوز الخيرة بين المسئوليتين ؟ ويراد بهذا أن يقال هل يجوز للدائن
أن يختار الدعوى التي يراها أصح . على أنه إذا اختار أصلح الدعويين تفيد
به ، فلا يُلجأ إلى الدعوى الأخرى حتى لو خسر الدعوى التي اختارها ؟
وهذا هو الذي تقصد إليه جبهة الفقهاء عندما يقولون في غير دقة هل
يجوز الجمع ما بين الدعويين . والإجابة على هذا السؤال في وضعه الصحيح
تقسم كلا من الفقه والقضاء إلى فريقين متعارضين . فريق يقول إن للدائن
أن يختار بين الدعويين . وفريق آخر يذهب إلى أن دعوى المسئولية العقدية
تجبّ دعوى المسئولية التقصيرية فلا يصح للدائن أن يرفع غير دعوى المسئولية
العقدية ، ويمتنع عليه أن يرفع دعوى المسئولية التقصيرية . ونستعرض كلام الرأين .
أما الذين يجعلون للدائن الخيرة فيقولون إن شروط كل من الدعويين قد
توافرت ، ومنطق القانون يقتضى بأن الدعوى متى توافرت شروطها جاز
أن ترفع . وهنا قد توافرت شروط دعوى المسئولية العقدية ، فإذا اختارها
الدائن جاز له رفعها . وتوافرت كذلك شروط دعوى المسئولية التقصيرية ،
فلا شيء يمنع الدائن من رفعها إذا آثرها على الدعوى الأولى .

وأما الذين يقصرون الدائن على دعوى المسئولية العقدية فيقولون إن الدائن

(١) وسنرى فيما بعد أن هذا هو أيضاً قضاء محكمة النقض في مصر في دائرتها الدينية
(نقض مدني في ٥ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ ص ٤٥٢) . أما النائرة
الحالية فتقدم إلى عكس ذلك (نقض جنائي في ٨ مارس سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم
٤٥ ص ١٣٢) .

لا يعرف المدين إلا من طريق العقد . فكل علاقة تقوم بينهما بسبب هذا العقد وجب أن يحكمها العقد والعقد وحده . فإذا أخل المدين بالتزامه العقدي لم يكن أمام الدائن إلا دعوى المسؤولية العقدية . وليس له الرجوع بدعوى المسؤولية التقصيرية .

ولا شك في أن الأخذ برأى دون آخر من هذين الرأيين تترتب عليه نتائج عمليّة هامة تتمشى مع وجوه التمييز ما بين المسئولين فيما قدمنا . ومن وجوه التمييز هذه الإثبات . فإذا جاز للدائن أن يختار وكانت المسؤولية التقصيرية قائمة على خطأ مفروض . اختارها الدائن لينتقل عبء الإثبات إلى المدين ، ولو أن الدائن قصر على المسؤولية العقدية لكان هو المكلف بإثبات أن المدين قد أخل بالتزامه إذا كان التزاماً بعناية . ومن وجوه التمييز أيضاً الإعفاء الاتفاقى من المسؤولية . فإذا تعاقد عميل مع أمين النقل وكان في عقد النقل اتفاق على الإعفاء من المسؤولية أو على التخفيف منها ، ثم أصيب العميل إصابة تدخل في حدود هذا الاتفاق ، وكان له أن يختار بين المسئولين ، لاختار المسؤولية التقصيرية إذ لا يجوز فيها الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف . ولو قصر على المسؤولية العقدية لاندمت هذه المسؤولية أو خففت ، بفضل الاتفاق الذى تم على ذلك . وإلى جانب هذين الوجهين توجد الوجوه الأخرى التى قدمناها فى التمييز ما بين المسئولين . ففى دعوى المسؤولية العقدية لا يكون التضامن إلا باتفاق . أما فى دعوى المسؤولية التقصيرية فإن التضامن يقوم بحكم القانون . فإذا كان للدائن أن يختار ، ولم يكن هناك اتفاق على التضامن . فقد يختار المسؤولية التقصيرية ابتغاء أن يجرى التضامن بين المدينين ، أما إذا قصر على المسؤولية العقدية فلا تضامن . وفى دعوى المسؤولية العقدية لا يعرض المدين إلا عن الضرر المتوقع ، أما فى دعوى المسؤولية التقصيرية فيعوض عن أى ضرر مباشر ولو كان غير متوقع . فهنا أيضاً تكون الخيرة نافعة للدائن ، إذ يستطيع أن ينتقل من المسؤولية العقدية إلى المسؤولية التقصيرية فينال تعويضاً كاملاً عن الضرر المباشر . ودعوى المسؤولية العقدية تتقدم عادة بخمس عشرة سنة ، أما دعوى المسؤولية التقصيرية فتتقدم بثلاث سنوات . وهنا الخيرة لا تنفع الدائن ، فدعوى المسؤولية العقدية إذا قصر عليها أفضل له من دعوى المسؤولية التقصيرية .

ومهدا بكن من انقسام الفقه والقضاء . في فرنسا وفي مصر (١) . في هذه

(١) أنظر في انقسام القضاء والفقه في فرنسا ما زو ١ فقرة ١٨٨ - فقرة ٢٠٧ - بلانبول وريبير وبولانجيه فقرة ٩٣٣ - فقرة ٩٣٨ .

أما في مصر فيبدو أن الكثرة من أحكام القضاء الوطني والمختلط تنزع إلى جواز الحجة ما بين المسؤولين . من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا اشترط المؤجر عدم مسؤوليته عما يصيب للتأجير من الضرر من العين المؤجرة ، فإن هذا الشرط لا يخلل المؤجر من مسؤوليته التقصيرية عن هذا الضرر (استئناف مختلط في أول أبريل سنة ١٨٩١ م ٣٧١ - وفي ١٠ يناير ١٩٢٤ م ٣٦ من ١٤٠ - وفي ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ من ٣٩٦) . ومن ذلك أيضاً ما قضت به هذه المحكمة من أنه إذا كان القانون المدني (القديم) لا يلزم المؤجر بالقيام بأية مرامة ، فإن هذا لا يخلو من المسؤولية التقصيرية عن الضرر الذي يصيب المتأجير بسبب تقصير المؤجر في ترميم ملكه (استئناف مختلط في ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ من ١٥٤ - وفي ٥ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ من ٤٨٥) . ومن ذلك ما قضت به كل من محكمة الاستئناف الوطنية ومحكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا اشترطت مصلحة السكك الحديدية تحديد مسؤوليتها في مبلغ معين في حالة ضياع البضاعة المشحونة ، فإن هذا الشرط لا يسرى في مسؤولية هذه المصلحة مسؤولية تقصيرية عن عمالها أو عن الغير (استئناف وطني في ١٠ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١١ من ٢٤٥ - وفي ٢٥ يولية سنة ١٩٢٢ المجموعة ٢ من ٤٨٠ - استئناف مختلط في ١٥ ابروسنة ١٩٢٠ م ٣٢ من ٣٣٠ - وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ من ٩٨ - وفي ٨ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ من ٤٥ - وفي ٨ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٥ من ٤٧٥ - وفي ٨ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٧ من ٤٣٤ - وأنظر عكس ذلك استئناف وطني في ٢ مايو سنة ١٩٢٢ المجموعة ٣ من ٢٩ - استئناف مختلط في ٢٣ ديسمبر ١٩٤٣ م ٥٦ من ٢٦) .

وقد قضت محكمة استئناف الإسكندرية الوطنية أخيراً بجواز الحجة ما بين المسؤولين ، إذ قررت أنه ولا شبهة... في التزام الناقل ضماناً بسلامة الراكب إلى الجهة المتعاقدة على النقل إليها ، لأن هذا الالتزام هو أول مميزات هذا النوع من التعاقد... وأن مؤدى الأخذ بهذا النظر الاستناد في طلب التعويض إلى أحد الأسس ، المسؤولية التقصيرية أو المسؤولية التعاقدية ، حسبما ينشئ اطالب التعويض . فإذا قصرت وسائله عن إثبات عناصر الأول أمكن الاستناد إلى الثانية عند توافر أركانها (استئناف الإسكندرية في ٥ فبراير سنة ١٩٥٠ المجموعة ٣٠ رقم ٢٧٦ من ٥٠١) - ويلاحظ أن المحكمة لم تكن في حاجة إلى القول في هذه القضية بجواز الحجة بين المسؤولين ، فإن الحجة إنما تظهر وتثبت في الانتقال من المسؤولية العقدية إلى المسؤولية التقصيرية . أما هنا فقد انتقلت المحكمة من المسؤولية التقصيرية إلى المسؤولية العقدية ، وكان يكفيها أن تقرر أن عقد النقل ينشئ التزاماً عقدياً بضمان سلامة الراكب ، يستطيع أن يستند إليه العائل في مطالبة المدين بإثبات أنه قد وفى بهذا الالتزام .

أما محكمة النقض فلم تثبت حتى الآن في هذه المسألة قضاء حاسم . فقد أخذت في قضية بالمسؤولية العقدية ، ولكنها لم تذكر أنها استبعدت المسؤولية التقصيرية لقيام المسؤولية العقدية ، وهذا هو ما قضت به : « ليس لرب النقل أن يستقل بما من شأنه أن يزيد في أخطار العمل الذي استخدم العامل لأدائه . فإن هو فعل صح اعتباره محلاً بقصد الاستخدام إخلالاً يصلح أمساً =

المسألة الهامة : فنحن نأخذ بالرأى الذى يقول بالأخيرة للدائن ، وليس له إلا دعوى المسؤولية العقدية . ذلك أن الالتزام العقدى الذى صار المدين مسئولاً عن تنفيذه لم يكن قبل العقد التزاماً فى ذمته . فلو فرض أنه قبل إبرام العقد لم يقم به . لم يكن مسئولاً عن ذلك ، لا مسؤولية عقدية لأن العقد لما يبرم : ولا مسؤولية تقصيرية إذ لا خطأ فى عدم قيامه بأمر لم يلتزم به . فإذا أبرم العقد : قام الالتزام فى الحدود التى رسمها هذا العقد ، وهى لا تعود لا ترتب عليها إلا المسؤولية العقدية . وليس للدائن أن ياجأ إلى المسؤولية التقصيرية ، إذ هى تفترض أن المدين قد أخل بالتزام فرضه القانون . والالتزام فى حالتنا هذه لا مصدر له غير العقد . ويتبين من ذلك أن الخيرة لا تكون إلا فى التزام فرضه العقد والقانون معاً . فأمين النقل إذا سرق البضاعة التى ينقلها يكون قد أخل بالتزامه العقدى الناشئ من عقد النقل . فتتحقق مسؤوليته العقدية . ويكون فى الوقت ذاته قد أخل بالتزامه القانونى الذى يحرم

مسؤوليته . ولما كان الثابت فى الحكم أن عقد استخدام ملاحى سفينة الطاعن لم يرد فيه ما يفيد أنه معمر تأجيرها لدولة محاذية ، وأن هؤلاء الملاحين لم يخاطبوا علماً بهذا التأجير ، وكان هذا التأجير من شأنه طبيعة أن يزيد فى أخطار عملهم ، فلا مخالفة للقانون إذا كانت محكمة الموضوع قد رأت أن قيام الطاعن بهذا التأجير فيه خطأ من جانبه وحده . هذا وإذا كانت المحكمة المذكورة قد ربت على هذا الخطأ مسؤولية الطاعن عن فقد ملاحى السفينة على اعتبار أن هذا الفقد كان نتيجة لهذا الخطأ ، فإن رأيها فى ذلك إنما هو رأى فى مسألة واقعية فلا تملك محكمة النقض أن تراقبه . ومتى استقام الحكم على أساس قواعد المسؤولية العقدية ، كما ورد فيه خاصاً بتطبيق أحكام قانون التجارة البحرى تزيده ، وكان ما جاء فى الحكم منسجماً عليه غير متع (نقض مدنى فى ٤ مارس سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٠ من ٥٥٣) .

وفى قضية أخرى يبدو أن محكمة النقض لا تأنى أن يقوم التعويض على أساس كل من المسئولين ، فقد قضت بأنه « ما دام الحكم قد أتم مسؤولية المحكوم عليه بالتعويض على كلا الأساسين : العقد والفعل الضار ، فإنه لا تكون به حاجة إلى تطبيق المادة ١٢٠ من القانون المدنى (القديم) التى تنص على أن التضامات لا تستحق إلا بعد تكليف المتعهد بالوفاء بتكليفاً رسمياً ، إذ هذه المادة لا تطبق على السولية عن الأفعال الضارة وإذ أن الإعذار الذى تبس عليه غير لازم فى حالة المسؤولية العقدية عند الإخلال بالتزام سنى (نقض مدنى فى أول يناير سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٥١ من ٥١٣) .

وأما الفقه فى مصر فقسم : فمن الفقهاء من يقول بجواز الخيرة (مصطفى مرعى بك فى السولية المدنية فقرة ٢٨) — وقد كنا نقول بها فى الموجز (فقرة ٣٠١) . ومنهم من يقول بقصر الدائن على المسؤولية العقدية (الدكتور سامى مرفص فى الفعل الضار ص ١٧) .

عليه السرقة حتى لو لم يوجد عقد النقل . فلتتحقق مسئولته التقصيرية .
وللدائن أن يختار بين هاتين المسئوليتين .

وقد يبدو أن القول بعدم جواز الخبرة يضيع على الدائن في بعض الحالات
حقه العادل في التعويض . فشرط الإعفاء من المسئولية الذي تتضمنه عادة
عقود النقل كاف لدفع المسئولية العقدية . وقبام هذه المسئولية كاف
بدوره لمنع المسئولية التقصيرية . فلا يستطيع الدائن الرجوع بالمسئولية العقدية
لوجود شرط الإعفاء . ولا بالمسئولية التقصيرية لوجود عقد النقل . ولكن
هذه النتيجة هي التي أرادها المتعاقدان . وما لم يكن عقد النقل عقد إذعان
— كما هو الغالب — حيث يعتبر شرط الإعفاء شرطاً تعسفياً يجوز للقاضي
إلغاؤه أو تعديله . فإنه يجب النزول على إرادة المتعاقدين (١) .

§ ٤ — تطور المسئولية التقصيرية

٥١٦ — تاريخ هذا التطور هو نوسع مستمر في المسئولية التقصيرية :

ونقف الآن عند المسئولية التقصيرية . بعد أن ميزناها عن غيرها من أنواع
المسئولية فيما تقدم . ونستعرض في إيجاز تاريخ تطورها .
ويمكن القول بوجه عام إن تاريخ تطور المسئولية التقصيرية هو تاريخ
توسع مستمر في هذه المسئولية .

فمن حالات معينة محدودة لا تتحقق المسئولية إلا فيها ، إلى توسع تدريجي
في هذه الحالات ، إلى شمول وصل بالمسئولية التقصيرية إلى أن تكون قاعدة
عامة . وهذا ما وصل إليه التطور في القانون الفرنسي القديم . وانتقل منه إلى
التقنين الفرنسي في سنة ١٨٠٤ .

ومنذ التقنين الفرنسي أخذت القاعدة العامة ذاتها تتطور . فهي قد فامت
على فكرة جوهرية هي فكرة الخطأ (faute) . ثم أخذت هذه الفكرة تنقلص .
فبعد أن كان الخطأ لا بد من إثباته . قامت حالات صار الخطأ فيها مفروضاً .
وها نحن نشهد في الوقت الحاضر فكرة تحمل الشعة (risque) تقوم إلى جانب

فكرة الخطأ ثابتاً كان أو مفروضاً .
فنتعرض هذا التطور . منذ القانون الرومانى إلى عصرنا الحاضر ،
استعراضاً سريعاً .

٥١٧ - القانون الرومانى : تتميز نظرية المسؤولية التقصيرية فى

القانون الرومانى بخصائص ثلاث :

أولاً - لم تكن هناك قاعدة عامة تقرر أن كل خطأ ينشأ عنه ضرر يوجب التعويض . بل كانت هناك أعمال معينة تحددتها النصوص القانونية هى وحدها التى ترتب المسؤولية . ذلك أن المسؤولية التقصيرية كانت فى القديم مروكة إلى الأخذ بالذات ، ثم انتقلت إلى اللية الاختيارية . ثم إلى اللية الإجبارية ، ثم إلى العقوبة منذ استقر تدخل الدولة لإقرار الأمن والنظام . ومن ثم كانت الأعمال التى تستوجب تدخل اللوة محدودة محصورة لا تتظمها قاعدة عامة . على أن هذه الأعمال أخذ عددها يزيد بالتدريج فى خلال القرون ، وأخذ كل عمل يتسع نطاقه . وأهم مثل لذلك الجريمة التى كان قانون أكيليا (Aquilila) ينص عليها . فقد كانت هذه الجريمة محددة تحديداً ضيقاً ، فلا تشمل إلا بعض أنواع التلف التى تقع على بعض الأشياء . ثم اتسع نطاقها بالتدريج حتى شمل كل أنواع التلف وحتى عم جميع الأشياء ، على أن يكون كل من العمل والتلف مادياً وأن يكون الشيء الذى يقع عليه التلف مادياً وأن يقع التلف على ذات الشيء (corpore corpori) . فإذا كان العمل الذى وقع على الشيء غير مادى ، كإحداث صوت يندعر من سماعه حيوان فيجنل ، أو وقع عمل مادى على الشيء ولكن لم يصبه بتلف مادى ، كإطلاق حيوان من عقاله فيهرب . كانت شروط الجريمة غير متوافرة . ثم تحلت الجريمة من هذه القيود المادية ، ولكن بقيت شروط أخرى ، ولم يصل الرومان إلى التعميم الكامل . وتلى هذه الجريمة فى التعميم جريمة الغش (dol) . وتلى ذلك أعمال ألحقت بالجرائم (quasi-délits) فأصبحت ترتب المسؤولية على غرارها . ولكن الرومان لم يصلوا فى وقت ما إلى وضع قاعدة عامة تجعل كل خطأ يحدث ضرراً يوجب التعويض .

ثانياً - ولم يكن جزاء هذه الأعمال المحددة التى ترتب المسؤولية تتمحض

تعويضاً مدنياً . بل إن فكرة العقوبة الجنائية بقيت تتخلل فكرة التعويض المدني كأثر من آثار الماضي . وقت الأخذ بالتأثر ودفع الدية .

ثالثاً - ولم تظهر فكرة الخطأ كأساس للمسئولية إلا بالتدريج . فلم يكن الخطأ في بادئ الأمر مشتركاً . بل كان الضرر هو الشرط البارز . ثم أخذت فكرة الخطأ تظهر شيئاً فشيئاً . أما في الأعمال التدليسية أى الغش فإن فكرة الخطأ ظهرت بوضوح حتى استغرقت فكرة الضرر .

٥١٨ - القانون الفرنسى القديم : يرجع إلى القانون الفرنسى القديم ، في تطورات المتعاقبة وتحت تأثير القانون الكنسى . الفصل في تمييز المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية . ثم في تمييز المسئولية التقصيرية عن المسئولية العقدية . والغريب أن فقهاء القانون الفرنسى القديم فعلوا ذلك ، في بعض منه . عن طريق تفسير القانون الرومانى تفسيراً خاطئاً . فإن هذا القانون لم يصل في أبعد مدى من تطوره إلى هذا التمييز على نحو واضح . ونستعرض الخصائص الثلاث التى أثبتناها للقانون الرومانى لئرى ماذا صارت إليه في القانون الفرنسى القديم .

أولاً - انتهت القاعدة العامة في المسئولية التقصيرية إلى أن توضع وضعاً واضحاً دريعاً . وضعها دوما (Domat) أكبر فقيه في القانون الفرنسى القديم ، في كتابه المعروف « القوانين المدنية » (Lois civiles) على النحو الآتى : « كل الحسائر والأضرار التى تقع بفعل شخص . سواء رجع هذا الفعل إلى عدم التبصر أو الخفة أو الجهل بما تنبغى معرفته أو أى خطأ مماثل ، مهما كان هذا الخطأ بسيطاً . يجب أن يقوم بالتعويض عنها من كان عدم تبصره أو خطأه سبباً في وقوعها » (١) .

ثانياً - وتمحض جزاء المسئولية تعويضاً مدنياً لا تتخلله فكرة العقوبة الجنائية . على الأقل فيما يتعلق بالضرر الذى يقع على المال . أما الضرر الذى يقع على النفس أو الشرف فبقي الجزاء عليه يحمل أثراً من فكرة العقوبة ، يتمثل في أن دعوى التعويض تنتقل بعد موت الدائن لا إلى ورثته بل إلى

(١) « Toutes les pertes et tous les dommages, qui peuvent arriver par le fait de quelques personnes soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparés par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu ».

أقاربه الأدنين إذ هم أصحاب النار .

ثالثاً - وظهرت فكرة الخطأ واضحة وضوحاً تاماً كأساس للمسئولية التقصيرية. بل إن الخطأ العقدي ميز تمييزاً واضحاً عن الخطأ التقصيري وعن الخطأ الجنائي كما تقدم القول : وهذا ما يقوله دوماً في هذا الصدد : ويمكن التمييز ، في الخطأ الذي يكون من شأنه أن يحدث ضرراً ، بين أنواع ثلاثة : خطأ يتعلق بجناية أو بجنحة - وخطأ يرتكبه الشخص الذي يخل بالتزاماته العقدية . كما إذا لم يسلّم البائع الشيء المبيع أو لم يتم المستأجر بالتزامات التي ألزم بها - وخطأ لا علاقة له بالعقود ولا يتصل بجناية أو بجنحة ، كما إذا ألقى شخص عن رعونة شيئاً من النافذة وأثقلت ملابس (أحد المارة) . وكما إذا أحدث حيوان ضرراً وكانت حرامته غير محكمة ، وكما إذا أشعل شخص حريقاً عن تقصير منه . وكما إذا آل بناء إلى السقوط بسبب عدم ترميمه فوق على بناء آخر وأحدث به ضرراً (١) .

٥١٩ - التقنين المدني الفرنسي : وقد ظهرت هذه الخصائص الثلاث

بوضوح في التقنين المدني الفرنسي . فقد صارت المسئولية التقصيرية في هذا التقنين قاعدة عامة . وتميزت عن المسئولية الجنائية . وقامت على أساس الخطأ . وقد نصت المادة ١٣٨٢ من هذا التقنين على أن « كل عمل أيا كان يوقع ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطأه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه » . ثم نصت المادة ١٣٨٣ على ما يأتي : « كل شخص يكون مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه لا بفعله فحسب ، بل أيضاً بإهماله أو بعدم تبصره » . ويبدو أن واضعي التقنين الفرنسي قصدوا النص على الأعمال العمدية في المادة ١٣٨٢ ، وخصصوا المادة ١٣٨٣ للأعمال غير العمدية من إهمال أو عدم تبصر . ولكن نص المادة ١٣٨٢ فيما ورد به من عموم لا يحتمل هذا التحديد ، بل هو شامل لجميع

(١) « On peut distinguer trois sortes de fautes dont il peut arriver quelques dommages : celles qui vont à un crime ou à un délit ; celles des personnes qui manquent aux engagements des conventions comme un vendeur qui ne délivre pas la chose vendue, un locataire qui ne fait pas les réparations dont il est tenu ; et celles qui n'ont pas de rapport aux conventions et qui ne vont pas à un crime ni à un délit, comme si par légèreté on jette quelque chose par une fenêtre qui gâte un habit, si des animaux mal gardés font quelque dommage, si on cause un incendie par imprudence, si un bâtiment qui menace ruine, n'étant pas réparé, tombe sur un autre et y fait des dommages » .

الأخطاء التي تترتب عليها المسؤولية التقصيرية ، عمدية كانت أو غير عمدية . ثم انتقل واضعو التقنين الفرنسي من المسؤولية الشخصية إلى المسؤولية عن الأشخاص وعن الأشياء . وهذه أيضاً أقاموها على فكرة الخطأ . فنصت المواد ١٣٨٤ - ١٣٨٦ على المسؤولية عن الأولاد والنمذ وعبيان الحرفة ، ومسئولية المتبوع عن التابع ، والمسئولية عن الحيوان . والمسئولية عن البناء . وفي كل هذه النصوص لم يرد واضعو التقنين الفرنسي أكثر من تطبيق مبدأ الخطأ على حالات معينة ، هي الحالات التي يسأل فيها الشخص لا عن عمل صدر منه شخصياً . بل عن عمل أتى به آخر في رقابته أو حدث من شيء تحت يده . ولكن مسئوليته في كل هذه الحالات تقوم على خطأ منسوب إليه شخصياً . فقد قصر في رقابة الغير أو أهمل في حراسة الشيء .

٥٢٠- تطور المسؤولية التقصيرية منذ التقنين المدني الفرنسي - نظرية

تحمل التبعة (risque) : وقد تطورت المسؤولية التقصيرية منذ صدور التقنين الفرنسي تطوراً عميقاً . ودار تطورها حول فكرة الخطأ . فأخذت هذه الفكرة تضعف شيئاً فشيئاً حتى كادت تختفي في بعض الحالات . تارة تحت ستار الخطأ المفروض فرضاً قابلاً لإثبات العكس ، وطوراً تحت ستار الخطأ المفروض فرضاً لا يقبل لإثبات العكس . بل حتى اختفت تماماً وأخلت مكانها لنظرية تحمل التبعة (risque) . وكان الفقه هو الرائد لهذا التطور . أمسك زمامه في يده . وسبق إليه القضاء . وسار القضاء وراء الفقه بخطوات مترددة ، ولم يشأ أن يسير الشوط إلى نهايته ، فوقف عند الخطأ المفروض ، ولم يجاوزه إلى مسؤولية لا تقوم على خطأ أصلاً بل على محض تحمل التبعة . وتفصل ما أجملناه .

كان للتطور الاقتصادي السريع منذ القرن التاسع عشر أكبر الأثر في تطور نظريات المسؤولية التقصيرية . فقد تقدمت الصناعة تقدماً عظيماً باستحداث الآلات الميكانيكية وشتى وسائل النقل . ونجم عن ذلك أن أصبح الخطر الكامن في استعمال هذه المخترعات أقرب احتمالاً وأكثر تحقّقاً مما كان عليه الأمر في الماضي . فعاد ركن الضرر في المسؤولية التقصيرية إلى البروز حتى كاد يغطي على ركن الخطأ . وبدأ تطور المسؤولية يرجع إلى نقطة الابتداء حيث كان

المعيار مادياً لا شخصياً .

وكان الفقه أول من استجاب لهذا التطور . متأثراً بعاملين . أولهما علمي هو ما نشرته المدرسة الوضعية (école positiviste) الإيطالية بزعامة فرى (Ferri) من وجوب التعويل على الناحية الموضوعية لا على الناحية الذاتية ، حتى في الجرم نفسه . فبعاقب لا بالنظر لما يستحقه لشخصه . بل بالنظر لما تقتضيه حماية المجتمع . وإذا أمكن القول بالنظرية الموضوعية في القانون الجنائي ، فأولى بالقانون المدني أن يكون الميدان الحصب لهذه النظرية . والعامل الثاني عملي ، يرجع إلى ازدياد مخاطر العمل زيادة كبيرة من شأنها أن تجعل عسيراً على العامل في الكثرة الغالبة من الأحوال أن يثبت الخطأ في جانب رب العمل حتى يستطيع الرجوع عليه بالتعويض .

حاول الفقه في البدء أن يعالج الأمر عن طريق الاحتياط على بعض نصوص التقنين المدني الفرنسي . فشبّه الآلات بالبناء . وما دام يمكن في البناء إثبات العيب حتى يكون صاحبه مسئولاً . كذلك الآلات إذا أثبت العامل عيباً فيها كان رب العمل مسئولاً عما تحدثه الآلات المنعوبة من الضرر . ولكن تبسّر الإثبات على هذا النحو لم يكن كافياً . فإن الصعوبة في إثبات العيب في الآلة تكاد لا تقل عن الصعوبة في إثبات الخطأ في جانب رب العمل . ثم لجأ الفقه إلى طريقة أخرى . فجعل رب العمل مسئولاً مسئولية عقابية عن سلامة العامل بموجب عقد العمل ذاته . ولكن القضاء لم يماش الفقه في استخلاص التزام من عقد العمل بضمان سلامة العامل .

ومذ رأى الفقه أن هذه المحاولات لم تجد نفعا . واجه الصعوبة من طريق مباشر . فنأدى بأنه ليس من الضروري أن يكون الخطأ أساساً للمسئولية التصديرية ، ويجوز أن تقوم هذه المسئولية لا على فكرة الخطأ بل على فكرة الضرر وتحمل تبعته . وهذه هي نظرية تحمل التبعة . فمن خلق تبعات يمتد من مغامرها . وجب عليه أن يحمل عبء مغامرها . وقد قام على رأس الفقهاء ، يتأدى بهذه النظرية . سالي وجوسران . وبنياها على تفسير جديد محور للمادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٤ من التقنين المدني الفرنسي . فذهبوا إلى أن المشرع الفرنسي لا يشترط ركن الخطأ في المادة ١٣٨٢ إذ يقول : « كل عمل أبا كان

يوقع ضرراً بالغير ... » (Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage). وأنه رسم قاعدة عامة في المسؤولية عن الأشياء والفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ إذ يقول : « يكون الشخص مسؤولاً ... عن الضرر ... الذي يحدث بفعل الأشياء التي سبب في حراسته . » (On est responsable... du dommage.. qui est causé par le fait des choses que l'on a sous sa garde)

على أن الفقهاء لم يعتمدوا على النصوص وحدها ، بعد تخويرها هذا التخوير الذي لم يخطر ببال المشرع الفرنسي وقت وضع التقنين ، بل اعتمدوا فوق ذلك على صياغة نظرية فقهية كاملة أسموها « نظرية تحمل التبعات المستحدثة » (théorie objective des risques créés) أو النظرية الموضوعية (théorie subjective) التي تقوم على فكرة الخطأ .

وقالوا إن النظرية الشخصية لم تعد تنفق لا مع المنطق ولا مع التطور الاقتصادي . فهمي أولاً تصطدم مع المنطق ، فبذ انفصت المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجنائية ، وأصبح التعويض المثل لا دخل للعقوبة فيه . لم يعد هناك معنى لاستبقاء الخطأ أساساً للمسؤولية المدنية . ويجب أن يكون أساس هذه المسؤولية الضرر الذي يستوجب التعويض . لا الخطأ الذي يقتضي العقوبة .

وهي بعد ذلك تصطدم مع التطور الاقتصادي . وذلك منذ أصبحت المخترعات الحديثة مورد رزق كبير ومصدر خطر جسيم . فإدام الشخص ينتفع بالشيء فن العدل أن يحمل تبعته ، والغرم بالغرم . وإذا كانت المسؤولية الشخصية تصلح في نظام اقتصادي يقوم على الزراعة . ففي نظام اقتصادي قوامه الصناعة لا تصلح إلا المسؤولية الموضوعية . فالواجب إذن في رأي هؤلاء الفقهاء هجر المسؤولية الشخصية إلى المسؤولية الموضوعية ، أي هجر المسؤولية القائمة على خطأ ولو كان مفروضاً إلى المسؤولية المجردة عن أي خطأ .

ويوجه هذا النظر أساس معقول يقوم على الاعتبار الآتي : يقع ضرر لا خطأ من أحد ، فن الذي يجب أن يتحمل هذا الضرر ؟ أبتحملة المضرور وهو الذي خضع لتبعته لم يكن له يد في إيجادها وليس هو الذي يفيد منها ، أم يتحملة محدث الضرر وهو الذي أوجد هذه التبعة وهو الذي يفيد منها ؟ أضف

إلى ذلك أن العلاقات المدنية أصبحت الآن علاقات مالية أكثر منها علاقات شخصية . وليس يرهق صاحب المصنع أن يحمل عن عماله عبء ما يصيبهم من ضرر . فإن هذا يدخل في مخاطر صنعه . وهو أقدر من العامل على مواجهة هذه المخاطر . ونحسبه أن يلجأ إلى التأمين لمصلحة عماله . فإن ذلك لا يبيظه . بل هو يخفف به معنى التضامن الاجتماعي . ومن هنا يمكن تحديد نطاق للنظرية الموضوعية : عمل كثير الأخطار . كبير المنفعة . يسهل التأمين في شأنه . هذه هي العناصر الثلاثة التي إذا اجتمعت جعلت تطبيق النظرية الموضوعية أمراً ميسوراً ، لا عنت فيه ولا إرهاق .

والفرق الجوهرى ما بين المسؤولية الشخصية والمسئولية الموضوعية هو أن الأولى تقوم على الخطأ . ولو كان هذا الخطأ مفروضاً . ولو كان هذا الفرص غير قابل لإثبات العكس . فأساس المسؤولية الخطأ لا الضرر . والمسئول هو الحارس لا المنتفع . أما المسؤولية الموضوعية فتقوم على الضرر لا على الخطأ . والمسئول هو المنتفع لا الحارس . ويترتب على ذلك أن المدين في المسؤولية الشخصية : إذا كانت المسؤولية قائمة على خطأ واجب الإثبات ، يستطيع أن يدفعها عن نفسه إذا عجز الدائن عن إثبات خطأ في جانبه . فإذا كانت المسؤولية قائمة على خطأ مفروض فرضاً يقبل إثبات العكس ، استطاع أن يدفعها بإثبات أنه لم يخطئ . فإن كان فرض الخطأ لا يقبل إثبات العكس . استطاع المدين أن يدفع المسؤولية بإثباته السبب الأجنبي . فالمدن يستطيع دائماً أن يدفع المسؤولية الشخصية عن نفسه . إما بنفى الخطأ في ذاته . وإما بتفويض كسبب للضرر الذى وقع . أما المسئول في المسؤولية الموضوعية فلا يستطيع دفع هذه المسؤولية حتى لو نفى الخطأ . وحتى لو أثبت السبب الأجنبي . فما دام الضرر قد وقع من جراء نشاطه . ولو بغير خطأ منه . فهو المسئول عنه . هذا هو ما انتهى إليه فقه النظرية الموضوعية في أوج انتشارها . ولكن ما لبث الفقه أن تحول عنها شيئاً فشيئاً . ووجد غناء في نظرية الخطأ المفروض . ولم يبق ثابتاً على النظرية في معناها الواسع الشامل إلا قلة من الفقهاء . فيهم جوسران وديموج وسلافاتيه . وكان السبب في وقوف الفقه عن المضي في النظرية الموضوعية موقف كل من التشريع والقضاء في فرنسا .

أما التشريع الفرنسى فقد حدد نطاقاً ضيقاً للنظرية الموضوعية . وبقى

بعداً عن أن يأخذها كالمسألة عامة . فقد اقتصر على الأخذ بها في بعض نواحي النشاط وما يتولد عنها من تبعات . أخذ بها في تبعات الحرفة (risque professionnel) وذلك في تشريع العمال الذي صدر في سنة ١٨٩٨ . ثم أمد بتشريعات متعاقبة من الصناعة إلى التجارة ، ثم إلى الزراعة ، ثم إلى الخدمة المنزلية . وأدجت كل هذه التشريعات في تشريع موحد صدر في ١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ ، ثم في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ . والتشريع يرتب المسؤولية على مخاطر العمل ، فإذا أصيب العامل بضرر في أثناء عمله أو بمناسبة هذا العمل . حكم له بتعويض مقدّر (forfaitaire) لا يصل إلى التعويض الكامل . ولا تنتفي المسؤولية عن رب العمل حتى لو أثبت الحادث الفجائي أو خطأ المضرور أو عمل الغير ، وإنما تنتفي بإثبات القوة القاهرة . وأخذ المشرع الفرنسي بالمسؤولية الموضوعية أيضاً في «تبعات الطيران» (risque de navigation aérienne) ، فقد صدر تشريع في سنة ١٩٢٤ يجعل المتفجع بالطيارة مسئولاً عن كل ما تحدثه طيارته من أضرار . ولا تنتفي المسؤولية حتى لو أثبت المسئول القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو عمل الغير . وإنما تنتفي بإثبات خطأ المضرور . وأخذ المشرع الفرنسي بالمسؤولية الموضوعية أخيراً في «تبعات التضامن الاجتماعي» (risque social) . من ذلك أن تشريعاً صدر في سنة ١٨٩٥ يجعل الدولة مسئولة عن تعويض اشتكوم عليه في جنحة أو جنابة في الأحوال التي يجوز له فيها طلب مراجعة القضية (demande en révision) ويثبت عند المراجعة أنه بريء (أنظر المادة ٤٤٦ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسية) . وهذه مسؤولية موضوعية عن تبعات الأخطاء القضائية (erreurs judiciaires) . ومن ذلك أيضاً أن تشريعاً صدر في سنة ١٩١٩ وآخر في سنة ١٩٢١ يوجبان تعويض ضحايا الحرب وضحايا مصانع الذخيرة في أحوال معينة . وهذه مسؤولية موضوعية عن تبعات الدفاع الوطني (défense nationale) . ولا يزال أنصار المسؤولية الموضوعية ينظرون إلى هذه التشريعات المختلفة في كثير من التفاؤل . فهذه تبعات الحرفة . وتبعات الطيران . وتبعات التضامن الاجتماعي ، قد رتب المشرع المسؤولية عليها جميعاً . فليس بعيداً أن يرتب المسؤولية بعد ذلك على «تبعات الملكية» (risque de propriété) . ثم على تبعات النشاط عام (risque d'activité) . حتى يستكمل بذلك جميع الصور في تبعات

الخطر المتحدث» (risque créé) . ولكننا لا نزال بعيدين كثيراً في ميدان التشريع عن استغراق كل هذه الصور . بل إن أهم صورة فيها ، وهي صورة تبعات الحرفة ، ليست تسجيلاً كاملاً للمسئولية الموضوعية ما دام المضرور لا ينال تعويضاً شاملاً عن كل ما لحقه من الضرر . ثم إن المشرع الفرنسي قد أصدر ، من جهة أخرى ، تشريعات هي في صريح للمسئولية الموضوعية ، بل ورجوع عن الخطأ المفروض إلى الخطأ الموجب الإثبات (١) .

وأما القضاء الفرنسي فلم يسلم بالمسئولية الموضوعية . بل هو يشترط دائماً أن تقوم المسئولية على الخطأ . ولكنه سار شوطاً بعيداً في جعل هذا الخطأ مفروضاً في أحوال كثيرة . وسرى ذلك تفصيلاً عند الكلام في المسئولية عن الأشخاص وعن الأشياء . واستعان القضاء الفرنسي ، إلى جانب الخطأ المفروض في المسئولية التقصيرية ، بالمسئولية العقدية في بعض الحالات . وذلك عن طريق استخلاص التزام بضمان السلامة (obligation de sécurité) في بعض العقود وبخاصة في عقد النقل . ومهما يكن من أمر ، فإن القضاء الفرنسي ثبت على فكرة الخطأ أساساً للمسئولية التقصيرية . ولم يحد عن ذلك إلى نظرية تحمل التبعة . وهو مع ذلك قد وصل إلى كثير من النتائج العملية التي تقول بها أنصار المسئولية الموضوعية . وذلك عن طريق الخطأ المفروض .

٥٢١- المسئولية التقصيرية في التقنين المصري القديم : وقد أخذ

التقنين المصري القديم قواعد المسئولية التقصيرية عن القانون الفرنسي في وقت كان القضاء الفرنسي فيه قد بدأ يأخذ بالخطأ المفروض . فوضع القاعدة العامة في المسئولية التقصيرية . وأقامها على خطأ واجب الإثبات . إذ نص في المادتين ٢١٢/١٥١ على ما يأتي : « كل فعل نشأ منه ضرر للغير يوجب

(١) من ذلك قانون ٥ أبريل سنة ١٩٣٧ . ويتعلق بمسئولية المعلمين عن تلاميذهم . وقد ألغى به قانون ٢٠ يولية سنة ١٩٩٩ . وقد استبقى هذا القانون مسئولية الدولة وللمكان مسئولية المعلمين ، ولكنه تطلب لتحقيق هذه المسئولية إثبات خطأ في جانب المعلم بعد أن كان هذا الخطأ مفروضاً .

ومن ذلك أيضاً قانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ . ينشئ فيه من المادة ١٣٨٤ - بعد أن سلم أن هذه المادة تقيم المسئولية عن الأشياء على خطأ مفروض - حالة الحريق ، فحل المسئولية فيها تقوم على خطأ واجب الإثبات .

ملزومية فاعله بتعويض الضرر » . ثم عرض للحالات الخطأ المفروض على غرار القانون الفرنسي . فأكمل نص المادتين ٢١٢/١٥١ بما يقرر مسئولية المكلف بالرقابة عن هم تحت رعايته . وأقام هذه المسئولية على خطأ مفروض ، إذ قضى في عبارة غامضة بما يأتي : « وكذلك يلزم الإنسان بضرر الغير الناشئ عن إهمال من هم تحت رعايته أو عدم الدقة والانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته أياهم » . ثم انتقل إلى مسئولية المتبوع عن التابع (م ٢١٤/١٥٢) . فالمسئولية عن الحيوان (م ٢١٥/١٥٣) . فبني المسئولية في هاتين الحالتين أيضاً على خطأ مفروض . ولم ينقل عن القانون الفرنسي النص الخاص بالمسئولية عن البناء . كذلك لم ينقل عن القضاء الفرنسي المسئولية عن الأشياء على الوجه الذي استقر عليه هذا القضاء أخيراً في تفسيره للفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ من التقنين المدني الفرنسي . إذ لم يكن هذا القضاء وقت ظهور التقنين المصري القديم قد استقر على هذا التفسير .

أما نظرية تحمل التبعة فلم يأخذ بها التقنين المدني القديم . وإذا كان بعض الفقهاء في مصر نادى بوجوب الأخذ بها (١) . فإن القضاء المصري في أحكامه ، علذا النذر اليسير (٢) ، قد قطع في عدم الأخذ بها ، وأعلنت محكمة النقض هذا في عبارات واضحة صريحة (٣) .

- (١) الدكتور عبد السلام ذهبي بك في الإلزامات فقرة ٧٨١ وما بعدها .
(٢) أنظر في هذه الأحكام الموجز في النظرية العامة للإلزامات للدكتور ٣٨٣ هامش رقم ٢ . واضر بنوع خاص : محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٠ أبريل سنة ١٩٢٧ مجموعة الرسمية ٢٨ عدد ٥٩ — محكمة الزقازيق الكلية في ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ إخمامة ١٠ رقم ٨٨ ص ١٦٩ — محكمة مصر الكلية المختاطة في ١٧ يونية سنة ١٩٢٩ رقم ٢٠ ص ١٨٨ .

(٣) وهذا ما قضت به محكمة النقض : « إن القانون المصري لم يرد فيه ما يجعل الإنسان مسئولاً عن غاضر ملكه التي لا يلبسها شيء من التعديل ، بل إن هذا النوع من المسئولية يرفضه الشارع المصري بتأناً ، فلا يجوز للقاضي اعتماداً على المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية أن يرتبه على اعتبار أن العطل يسببه ، إذ أن هذه المادة لا تصبح الرجوع إليها إلا عند عدم معالجة الشارع لموضوع ما وعدم وضعه لأحكام صريحة فيه جامعة مائة . وإذن الحكم الذي يربط مسئولية الحكومة مدنياً عما يحدث إمام على نظرية مسؤولية محامير الملك التي لا تقصر فيها والمسئولية الشفعية يكون قد أنشأ نوعاً من المسئولية لم يقره الشارع ولم يردده ، ويكون إذن قد خالف القانون ويعتبر نقضه » (نقض مدني في ١٥ نوفمبر سنة =

٥٢٢-المسئولية التقصيرية في التقنين المصري الجديد : مكان التقنين

المصري القديم قد ألزم الإنجاز التام في النصوص التي أوردتها في المسئولية التقصيرية ، على النحو الذي رأيناه فيما تقدم . أما التقنين الجديد فقد أورد في هذا الموضوع الكبير الأهمية عدداً غير قابل من النصوص ، عالج فيها العيوب الجسيمة التي كانت تشوب نصوص التقنين القديم (١) .

وبتين من النصوص التي أوردتها التقنين الجديد أمران :

اولا - أن هذا التقنين لم يأخذ بنظرية تحمل التبعة . وقد أحسن في ذلك صنماً . إذ يجب في هذا الصدد أن يسلك المشرع المصري الطريق الذي سبقه إليه المشرع الفرنسي ، فيصدر تشريعات خاصة في مسائل معينة يقتضى التطور الاقتصادي أن يؤخذ فيها بنظرية تحمل التبعة . فيأخذ بها في هذه التشريعات

= ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ من ٤٨٥ . وانظر أيضاً : استئناف مصر الوطنية في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٤٠ الحامدة ٢١ رقم ٣٢٨ من ٧٤٥ - استئناف مختلط في ٢٣ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ من ١٥٤ - وفي ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ من ١٨١ - وفي ١٠ مارس سنة ١٩٤٩ م ٦١ من ١٠٩ (تحمل التبعة الاجتماعية) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي :
 • بالغ التقنين السابق في التزام الإنجاز بتعدد الأحكام الخاصة بالعمل غير المشروع . وليس محل هذا الوضع من شيء من الغرابة . ولا سيما إذا روعي أن أحكام المسئولية التقصيرية قد أصابت منذ صدور التقنين المدني الفرنسي ، ووجه خاص منذ صدور التقنينات المصرية ، من بسطة النطاق ما يؤهلها لأن تشغل في تقنين عصري مكاناً لا يدانيه في أهميته ما أفرد لها حتى اليوم . وقد عرض المشروع لأحكام العمل غير المشروع في قسمين رئيسيين . أفرد أولها للمسئولية عن الأعمال الشخصية ، وهي المسئولية العامة أصلاً ، وقوامها إثبات الخطأ . أما القسم الثاني فقد جمع فيه أحوال المسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء ، وهي أحوال تقوم فيها المسئولية على افتراض الخطأ . وقد أسهل المشروع القسم الأول بالقاعدة الأساسية في المسئولية عن الخطأ الثابت ، فأقرها في نص واضح موجز اقتبس من المشروع الفرنسي الإيطالي . والواقع أن التقنينات اللاتينية ، في هذه الناحية ، أرق في حيادتها التشريعية من التقنين الألماني . فبذا التقنين ، بدلا من أن يضع مبدأ تنصوي في عموم جميع التصنيفات التفصيلية لخطأ الشخص ، يبدأ بطائفة من النصوص تفرض حالات خاصة ، ومن هذه الحالات يستخلص المبدأ العام . ومذهبه هذا يقرب من مذهب القانون الإنجليزي . ولكنه أخلق بنظام قانوني يقوم على أحكام القضاء ، وعلى التطبيق في المسائل التفريقية ، منه بتقنين يقصد به إلى تحرير مبادئ عامة . ولهمم العلة أعرضت عنهم ذات التقنينات التي درجت على استنباط التقنين الألماني ، كتقنين الالتزامات السويسري والتقنين المساوي العدل والتقنين البولوني . (مجموعة الأعمال الشخصية ٣ من ٣٥٠) .

إلى حد معقول . وهذا هو النهج الذى سار عليه المشرع المصرى ، فعلا : متمشداً فى ذلك مع مقتضيات الظروف الاقتصادية للبلاد (١) .

(١) ومن أهم هذه التشريعات الخاصة التى أصدرها المشرع المصرى ، وأخذ فيها بتعديل النبعة بالمقدر المعقول ، نذكر ما يأتى :

١ - قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ بشأن إصابات العمل (وقد حل محل القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦) : ويقضى بأن لكل من أصيب بسبب العمل وفى أثناء تأديته ، الحق فى الحصول من صاحب العمل على تعويض مقدر فى القانون بحسب جسامه الإصابة ، ولا يعنى صاحب العمل من التعويض إلا إذا أثبت أن العامل قد تمتع بإصابة نفسه أو أن الإصابة قد حدثت بسبب سوء سلوك وحش ومقصود من جانب العامل . ولا يجوز للعامل فيما يتعلق بحوادث العمل أن يتمسك بصاحب العمل بأحكام أى قانون آخر ما لم يكن الحادث قد نشأ عن خطأ جسيم من جانب رب العمل . وإذا كان صاحب العمل مؤمناً على حوادث العمل ، جاز للعامل أن يطالب بتعويضه رب العمل وشركة التأمين ، مأتمنين . وإذا كانت الإصابة الموجبة للتعويض تقضى قانوناً بمسئولية شخص آخر خلافاً من رب العمل ، جاز للعامل أن يطالب بالتعويض من رب العمل أو ذلك الشخص الآخر . ويجعل رب العمل الذى دفع التعويض على العامل فى حقوقه قبل الشخص المسئول ، كما يخصم التعويض الذى يقضه العامل فعلاً من الشخص المسئول من التعويض المستحق له قبل رب العمل . وإذا دفعت شركة التأمين قيمة التعويض فإنها تحول على صاحب العمل فى حقوقه . وقد فسر القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٤٢ التأمين الإجبارى على أصحاب الأعمال ، فقضى على كل صاحب عمل أن يؤمن على حوادث العمل التى يلزم بالتعويض عنها طبقاً للقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ (وقد حل محله القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ كما قدمنا) بشأن إصابات العمل ، ولا يجوز تحميل العمال أى نصيب فى تخلفات التأمين بأية طريقة كانت .

٢ - قانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٠ بشأن التعويض عن أمراض المهنة : ويلحق أمراض المهنة بإصابات العمل من حيث إلزام صاحب العمل بتعويض مقدر عن هذه الأمراض دون حاجة إلى إثبات خطئه ، ومن حيث فرض التأمين الإجبارى على أصحاب الأعمال .

٣ - قانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٤٢ بشأن التعويض عن التلف الذى يصيب المباني والمعدات والمعامل والآلات الثابتة بسبب الحرب : وهو قانون مؤقت ، ويخصص للتعويض رأس مال يتكون من موارد متعددة ، أهمها ضريبة تجبى من المتفعين بهذا القانون (فهو بمثابة تأمين إجبارى) ومبلغ من الميزانية العامة معادل لما يجبى من هذه الضريبة .

٤ - قانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٤ بشأن تعويض أفراد طاقم السفن التجارية ضد أخطار الحرب : ويقضى على مالك السفينة ومجهزها ومستأجرها متضامنين بتعويض مقدر لمن يصاب بسبب أخطار الحرب من أفراد طاقم السفينة (الربان وضباط الملاحة والمهندسين البحريين والبحارة وغيرهم ممن يقوم بأى عمل فى السفينة) .

٥ - قانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٨ بشأن تنظيم الإرشاد بميناء الإسكندرية : ويقضى بمسئولية السفينة - فيما عدا حالة الخطأ الجسيم من المرشد - عن كل هلاك أو ضرر يصيب سفينة الإرشاد أثناء عمليات الإرشاد . ويقضى كذلك بتعويض للمرشد عند اضطراب طاسفه من السفينة بسبب سوء الأحوال الجوية أو بناء على طلب ربان السفينة .

تانياً - جعل التقنين الجديد المسؤولية عن الأعمال الشخصية قائمة على خطأ واجب الإثبات . أما المسؤولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء فقد أقامهما على خطأ مفروض .

ونحن نسابر هذا الترتيب . فنبحث المسؤولية التقصيرية في فصلين :
(الفصل الأول) في المسؤولية عن الأعمال الشخصية .
(والفصل الثاني) في المسؤولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء .

الفصل الأول

المسئولية عن الأعمال الشخصية

٥٢٣- **مسئولية تقوم على خطأ واجب الإثبات** : المسؤولية عن الأعمال

الشخصية . أى عن عمل شخصي يصدر من المسئول نفسه ، هي مسؤولية تقوم على خطأ واجب الإثبات . فالخطأ هنا غير مفروض ، بل يكلف الدائن إثباته في جانب المدين . وهذه هي القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية ، لم ينحرف القانون عنها إلى مسؤولية تقوم على خطأ مفروض إلا في حالات معينة حصرتها النصوص .

والمسئولية ، في قاعدتها العامة . لها أركان إذا توافرت ترتبت على المسئولية آثارها . فنحن نتكلم في أركان المسئولية : ثم في آثار المسئولية .

الفرع الأول

أركان المسئولية التقصيرية

٥٢٤- **أركانها ثلاثة** : تنص المادة ١٦٣ من القانون المدني الجديد

على ما يأتي :

وكل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه الخطأ بتعويض الضرر » . وفى لجنة المراجعة ==

وبتين من هذا النص أن المسؤولية التقصيرية . كالمسؤولية العقدية ، لها
أركان ثلاثة : (١) الخطأ (٢) الضرر (٣) علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر .
فتكلم عن هذه الأركان الثلاثة تباعاً .

المبحث الأول

الخطأ (*)

(La faute)

٥٢٥ - مسألتنا : نحدد أولاً فكرة الخطأ الذي يوجب المسؤولية
التقصيرية ، ثم نستعرض تطبيقات مختلفة لهذه الفكرة .

== عدلت المادة تعديلاً لفظياً فصارت مطابقة للنص الوارد في القانون الجديد ، وأسحت المادة ١٦٧
في المشروع النهائي . وقد وافق عليها مجلس النواب ، ثم لجنة القانون الذي بمجلس الشيوخ تحت
رقم ١٦٣ ، ثم مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٣ - ص ٣٥٦) .
وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « تبصر
للمادة ٢٣٠ من المشروع (م ١٦٣ من القانون الجديد) في عبارة أكثر ما تكون إيجازاً
ووضوحاً حكم المسؤولية التقصيرية في عناصرها الثلاثة . فترتب الإلزام بالتعويض على (كل خطأ
سبب ضرراً للغير) . فلا بد إذن من توافر خطأ وضرر ثم علاقة سببية تقوم بينهما .
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٠) .

• بتقابل المادة ١٦٣ من القانون الجديد المادة ١٥١ من القانون الوطني القديم والمادة ٢١٢
من القانون المختلط القديم . وهذا نص كل منهما :
م ١٥١ من القانون الوطني القديم : « كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله
بتعويض الضرر » .

م ٢١٢ من القانون المختلط القديم : « كل فعل مخالف للقانون يوجب ملزومية فاعله
بتعويض الضرر الناشئ عنه ، ما لم يكن الفاعل غير مدرك لأفعاله ، سواء لعدم تمييزه بالنسبة
لسنة أو لأى سبب آخر » .

(*) بعض المراجع : رولان (Rolin) في بعض ملاحظات على الالتزامات الناشئة من الجريمة
وشبه الجريمة بروكسل سنة ١٩٢٧ - واتيرت (Rutnert) في أساس المسؤولية غير
العقدية بروكسل سنة ١٩٣٠ - مارتون (Marton) في أساس المسؤولية المدنية
سنة ١٩٣٨ .

الرسائل : جرانمولان رسالة من رن سنة ١٨٩٢ - تيسير (Teissiere) رسالة من
أكس سنة ١٩٠١ - بسك (Bosc) رسالة من مونبلييه سنة ١٩٠١ - كوهندي
(Cohendi) رسالة من ليون سنة ١٩١٠ - سافانييه رسالة من بواتيه سنة ١٩١٦ -
بترمييه (Bettremieux) رسالة من لياج سنة ١٩٢١ - ليجال (Légal) رسالة من باريس ==

المطلب الأول

تحديد فكرة الخطأ في المسؤولية التقصيرية

٥٢٦- آراء مختلفة في تحديد فكرة الخطأ : تضاربت الآراء في تحديد

معنى الخطأ في المسؤولية التقصيرية . ونستعرض من هذه الآراء أكثرها ذبوعاً ، وهي أربعة :

فأرى شائع بين الفقهاء يقول إن الخطأ هو العمل الضار غير المشروع ، أى العمل الضار المخالف للقانون (١) . وهذا رأى لا يقدمنا كثيراً في تحديد معنى الخطأ . إذ يبقى أن نعرف ما هى الأعمال التى تلحق ضرراً بالغير ويسمى عنها القانون . وإذا كانت هناك نصوص تعين بعض هذه الأعمال فإن الكثرة الغالبة منها لم يرد فيها نص . فيكون علينا أن نرسم لها ضوابط معينة ، وهذا ما نلتمسه فلا نجد في هذا الرأى .

ورأى ثان - قال به الأستاذ پلانيول - يعرف الخطأ بأنه هو الإخلال بالتزام

== سنة ١٩٢٢ - مينييه (Meignié) رسالة من ليل سنة ١٩٢٤ - ولهم (Willems) رسالة من مونلييه سنة ١٩٢٨ - شيت (Schmidt) رسالة من باريس سنة ١٩٢٨ - بران (Brun) رسالة من ليون سنة ١٩٣١ - ديران (Durand) رسالة من باريس سنة ١٩٣١ - فان رين (Van Ryn) رسالة من بروكسل سنة ١٩٣٣ - فيريه (Faire) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ - جواتون (Joutton) رسالة من ليون سنة ١٩٣٣ - سلفيان مرفس رسالة من القاهرة سنة ١٩٣٦ - ليمير (Lemaire) رسالة من ليل سنة ١٩٣٥ - ستارك (Starck) رسالة من باريس سنة ١٩٤٧ - هيسون (Husson) رسالة من باريس سنة ١٩٤٧ .

المقالات : إدمونيل ليني في المسؤولية والعقد (المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٩ ص ٣٦١ و ص ٢٨٣) - جيني في تحمل النعمة والمسئولية (المجلة الفصلية سنة ١٩٠٢ ص ٨١٢) - لابول في أساس المسؤولية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٥ ص ٢٧٧ وسنة ١٩٠٦ ص ٤) - جودمينيه (Gaudemet) تصور حديث في المسؤولية المدنية (المجلة الفصلية سنة ١٩٢٧ ص ٨٩٣) - زيمان في مبادئ المسؤولية المدنية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٢ ص ٤٥٨) وفي ثلاث مسائل في المسؤولية المدنية (المجلة الفصلية سنة ١٩٣٤ ص ٣١٧) - شوفو (Chauveau) في مسائل المسؤولية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٤ ص ٣٠٦) - سافاتييه في الهواعد العامة في المسؤولية المدنية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٤ ص ٤٩) .

(١) أنظر المادة ٢١٢ من القانون المخطوط القديم ، وتقول : « كل فعل مخالف لقانون ... » وقد سبق ذكرها .

سابق (١). ينشأ هنا أيضاً أن نعرف ما هي هذه الالتزامات التي يعتبر الإخلال بها خطأً. يحاول بلانيول أن يحصرها في أربعة : الامتناع عن العنف ، والكف عن الغش ، والإحجام عن عمل لم تنبأ له الأسباب من قوة أو مهارة ، واليقظة في تأدية واجب الرقابة على الأشخاص أو على الأشياء . وليس هذا تعريفاً للخطأ . بل هو تقسيم لأنواعه .

ورأى ثالث للأستاذ إيمانويل إيبي يقول إن تحديد الخطأ يقتضي التوفيق ما بين أمرين : مقدار معقول من الثقة توليه الناس للشخص فن حققهم عليه أن يحجم عن الأعمال التي تضر بهم . ومقدار معقول من الثقة يوليه الشخص لنفسه فن حقه على الناس أن يقدم على العمل دون أن يتوقع الإضرار بالغير . فالشخص ما بين الإقدام والإحجام يشق لنفسه طريقاً وسطاً يساير ثقته بنفسه ، ولا يتعارض مع ثقة الناس به . ويدعى هذا المذهب بمذهب الإخلال بالثقة المشروعة (*confiance légitime trompée*). وهو كما نرى لا يتضمن ضابطاً يبين هذا الطريق الوسط الذي يعصم الشخص من الخطأ إذا هو سلكه .

ورأى رابع يحلل الخطأ إلى عنصرين . فهو اعتداء على حق يدرك المعتدى فيه جانب الاعتداء كما يقول ديموج ، أو هو إخلال بواجب يتبين من أخل به أنه أخل بواجب كما يقول سافاتييه ، أو هو انتهاك لحرمة حق لا يستطيع من انتهاك حرمة أن يعارضه بحق أقوى أو بحق مماثل كما يقول جوسران . والاعتداء على الحق ، والإخلال بالواجب . والحق الأقوى أو الحق المماثل . كل هذه الألفاظ لا تحدد معنى الخطأ ، بل هي ذاتها في حاجة إلى تحديد .

٥٢٧- الخطأ كركنه - ركن مادي وركن معنوي : والرأي الذي

استقر فقها وقضاء يقرب معنى الخطأ في المسؤولية التقصيرية من معناه في المسؤولية العقدية . فالخطأ في المسؤولية التقصيرية هو إخلال بالالتزام قانوني . كما أن الخطأ في المسؤولية العقدية هو إخلال بالالتزام عقدي . وقد رأينا أن الالتزام العقدي الذي يعد الإخلال به خطأً في المسؤولية العقدية إما أن يكون التزاماً بتحقيق غاية (*obligation de résultat*) ، وإما أن يكون التزاماً ببذل عناية

(١) ومنه هي عبارة بلانيول ذاتها : *La faute est un manquement à une obligation préexistante* (بلانيول ٢ فقرة ١٦٣) .

(obligation de moyen) . أما الالتزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به خطأ في المسؤولية التقصيرية فهو دائماً التزام ببذل عناية . وهو أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير . فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب ، وكان من القدرة على التمييز بحيث يدرك أنه قد انحرف . كان هذا الانحراف خطأ يستوجب مسئوليته التقصيرية .

ومن ثم يقوم الخطأ في المسؤولية التقصيرية على ركنين : الركن الأول مادي وهو التعدي (culpabilité) ، والركن الآخر معنوي وهو الإدراك (imputabilité ، discernement) .

١٨ - الركن المادي : التعدي

٥٢٨ - مقياس التعدي مقياس موضوعي لا مقياس ذاتي : نستظهر

مما تقدم أن الخطأ انحراف في السلوك . فهو تعد يقع من الشخص في تصرفه ، ومجاوزة للحدود التي يجب عليه التزامها في سلوكه . فكيف يقع هذا الانحراف ؟ وما هو ضابطه ؟

يقع الانحراف إذا تعمد الشخص الإضرار بالغير - وهذا ما يسمى بالجريمة المدنية (délit civil) - أو إذا هو دون أن يتعمد الإضرار بالغير أهمل وقصر - وهذا ما يسمى بشبه الجريمة المدنية (quasi-délit civil) .

أما الضابط في الانحراف فينبور أن يرد إلى إحدى وجهتين : وجهة ذاتية (subjectif) أو وجهة موضوعية (objectif) . فيقاس التعدي الذي يقع من الشخص مقياساً شخصياً (in concreto) إذا اخترنا الوجهة الذاتية ، أو مقياساً مجرداً (in abstracto) إذا آثرنا الوجهة الموضوعية .

والمقياس الشخصي يستلزم أن ننظر إلى شخص المتعدي نفسه ، لا إلى التعدي في ذاته . أو نحن ننظر إلى التعدي من خلال شخص المتعدي . فنبحث هل ما وقع منه يعتبر بالنسبة إليه انحرافاً في السلوك ، أي في سلوكه هو . فقد يكون على درجة كبيرة من اليقظة وحسن التدبير ، فأقل انحراف في سلوكه يكون تعدياً . وقد يكون دون المستوى العادي في الفطنة والذكاء ، فلا يعتبر متعدياً إلا إذا كان الانحراف في سلوكه انحرافاً كبيراً بارزاً . وقد يكون في المستوى

العادى المألوف . فالتعدى بالنسبة إليه لا يكون انحرافاً فى السلوك بهذا القدر من البروز أو على تلك الدرجة من الضآلة ، ولمكنه انخواف إذا وقع يعتبره جمهور الناس انحرافاً عن السلوك المألوف . والمقياس الشخصى على هذا النحو لا شك فى عدالته . فهو يأخذ كل شخص بحريته ، و يقيس مسئوليته بمعيار من فطنته و يقظته . وهو فى الوقت ذاته يربط ما بين الخطأ القانونى والخطأ الأدبى . فالشخص لا يكون قد ارتكب خطأ قانونياً إلا إذا أحس أنه ارتكب خطأ أدبياً . قضميرة دليله ووازعه . يشعره بما يهم أن يرتكب من خطأ ، وينبذ عنه . أو يسجله عليه . ولكن المقياس الشخصى فيه عيب جوهرى لا يصلح معه أن يكون مقياساً منضبطاً وافياً بالغرض . فهو يقتضى أن تنسب الانحراف فى السلوك إلى صاحبه . فننظر إلى الشخص ، ونكشف عما فيه من يقظة . وما خلاص له من فطنة ، وما درج عليه من عادات . وهذا كله أمر حتمى . بل لعله أن يكون من الحفاء بحيث يستعصى على الباحث المدقق كشفه . ثم هو بعد ذلك يختلف من شخص إلى شخص . فالانحراف عن السلوك المألوف ، تراه الناس فى العادة انحرافاً محتملاً . يكون تعدياً بالنسبة إلى شخص ذى فطنة أو شخص عادى . ولا يكون كذلك بالنسبة إلى شخص دون الاثنين فى الفطنة . فإذن ضحية هذا الانحراف ، أو ما الذى يعنيه - وقد حاق به الضرر - من أن يكون المتسبب فيه شخصاً فوق المستوى العادى أو دون هذا المستوى . وهل التعويض جزاء جنائى ينظر فيه إلى شخص المجرم قبل أن ينظر إلى الجريمة . فيصيب المجرم فى نفسه قبل أن يصيبه فى ماله ؟ أو هو جزاء مدنى ينظر فيه إلى التعدى قبل أن ينظر إلى التعدى ، فيصيب المسئول فى ماله قبل أن يصيبه فى نفسه ؟ لا شك فى أن التعويض جزاء مدنى لا عقوبة جنائية . ولا شك كذلك فى أن الدائن بمقتضى العمل غير المشروع ، كالدائن بمقتضى العقد ، لا تعنيه الظواهر النفسية بقدر ما تعنيه الظواهر الاجتماعية . فالخطأ كالإرادة شئ اجتماعى قبل أن يكون ظاهرة نفسية . وكما يقف الدائن فى العقد عند الإرادة الظاهرة يستخلص منها الإرادة الباطنة دون أن يعأ بما يمكنه من سريرة خفية ، كذلك الدائن فى العمل غير المشروع ينبغى أن يقف عند الانحراف عن السلوك المألوف لا يعأ بما ينطوى عليه مدینه من تراخ أو يقظة .

من أجل هذا كله رجح لأخذ بالمقياس المجرد دون المقياس الشخصي .
فمقياس الانحراف بسلوك شخص مجرد من ظروفه الشخصية . هذا الشخص
المجرد هو الشخص العادى الذى يمثل جمهور الناس . فلا هو خارق الذكاء
شديد اليقظة ويرتفع إلى الدروة ، ولا هو محدود الفطنة حامل مهمة فينزل
إلى الحضيض : وهو الشخص الذى اتخذناه من قبل مقياساً للخطأ التعدى فى
الالتزام ببذل عناية . حيث بطل من المدين فى الأصل أن يبذل عناية الرجل
العادى . وهو شخص عرفه القانون الرومانى ، وسماه برب الأسرة العاقل
(bon père de famille) . نظر إلى المألوف من سلوك هذا الشخص العادى ،
ونقيس عليه سلوك الشخص الذى نسب إليه التعدى . فإن كان هذا لم ينحرف
فى سلوكه عن المألوف من سلوك الشخص العادى . فهو لم يتعد . وانفى عنه
الخطأ ، ونقض المسؤولية عن كاهله . أما إذا كان قد انحرف . فهما يكن
من أمر فطنته ويقظته ، فقد تعدى ، وثبت عليه الخطأ . وترتبت المسؤولية
فى ذمته . بهذا وحده . يسلم لنا مقياس منضبط صالح واف بالغرض . فلا
نحن فى حاجة إلى البحث عن خبايا النفس والكشف عن خفايا السرائر ،
ولا المقياس يختلف فى تطبيقه من شخص إلى شخص . بل يصبح التعدى أمراً
واحداً بالنسبة إلى جميع الناس ، إذ أن معياره لا يتغير . فإذا جاوز الانحراف
المألوف من سلوك الناس صار تعدياً . يستوى فى ذلك أن يصدر من فطن ذكى
أو وسط عادى ، أو خامل غبى . ويصبح الخطأ شيئاً اجتماعياً لا ظاهرة نفسية ،
فتستقر الأوضاع ، وتنضبط الروابط القانونية (١) .

(١) . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «وبقى
لفظ (الخطأ) فى هذا المقام عن سائر التعود والكنى التى تخطر لبعض فى معرض التعبير
كاصطلاح (العمل غير المشروع) ، أو (العمل المخالف للقانون) أو (الفعل الذى يجرمه القانون)
أخ ... فهو يتناول الفعل الملبى (الامتناع) والفعل الإيجابى ، وتنصرف دلالة إلى مجرد
الإهمال والفعل المدعى على حد سواء . وغنى عن البيان أن سرد الأعمال التى يتحقق فيها معنى
خطأ فى نصوص التشريع لا يكون من ورائه إلا إشكال وجه الحكم ، ولا يؤدى قط إلى
وضع بيان جامع مانع . فيجب أن يترك تحديد الخطأ لتقدير القاضى . وهو يسترشد فى ذلك بما
يستخلص من طبيعة نهي القانون عن الإضرار من عناصر التوجيه . فتمة التزام يفرض على
الكافة عدم الإضرار بالغير ، ومخالفة هذا النهى هى التى ينطوى فيها الخطأ . ويقضى هذا
الالتزام تبصراً فى التصرف ، بوجوب إعماله ببذل عناية الرجل الحريص (اقرأ الرجل العادى) . =

ولا نريد في دفاعنا عن المقياس الجرد - وهو المقياس الذى أخذ به الجمهور من رجال الفقه والقضاء - أن نخفى ما ينطوى عليه من تسليم جزئى بقيام المسؤولية على تحمل التبعة (risque) . ذلك أن الشخص الذى هو دون المستوى العادى من الفطنة واليقظة . إذا أخذ بهذا المقياس . كان عليه أن يتحمل تبعه نشاطه فيما ينزل فيه عن المستوى العادى . فقد يكون استفاد ما وسعه من جهد ، وبذل ما فى طاقته من حرص و يقظة . ولكن ذلك كله لم ينهض به إلى مستوى الشخص العادى . فبعد انخافه عن هذا المستوى تعديا . ويصبح مسئولاً . ومسؤوليته هنا إذا كانت تقوم على خطأ قانونى بالنسبة إلى المقياس الجرد . فهى لا تقوم على أى خطأ بالنسبة إلى المقياس الشخصى . ومن هنا يحىء تحمل التبعة . فكأن المطلوب من الناس جميعاً . وهم مأخوذون بهذا المقياس الجرد . أن يبلغوا من الفطنة واليقظة ما بلغ أوساطهم من ذلك . فمن علا عن الوسط كان علوه غمماً . ومن نزل عنه كان نزوله غمماً . هكذا يعيش الإنسان فى المجتمع . وهذا هو الثمن الذى يدفعه للعيش فيه .

٥٢٩ - التجرد من الظروف الدافعية لاصح الظروف الخارجية: وهذا

المقياس الجرد - مقياس السلوك المألوف من الشخص العادى - قد تجرد كما قلنا من جميع الظروف الذاتية الملازمة لشخص المتعدى . إذ هى ظروف داخلية متصلة به . فهو مأخوذ بمقياس السلوك المألوف من الشخص العادى

== وقد أقر القنن التساوى هذا الضابط التوجيهى إقراراً تشريعياً ، فنص فى المادة ١٢٩٧ على أنه (يفترض فيمن يتمتع بقواه العاقلة أن تتوافر لديه درجة الانباه والناية التى تتوقع فى سواد الناس . ويتحقق معنى الخطأ فى كل عمل ينشأ عنه ضرر بمحقق التغير إذا لم يلتزم من وقع منه هذا العمل تلك الدرجة) . وقد عرض القنن البولونى ، بعد أن وضع المبدأ العام فى المسؤولية التصرفية ، لصورة التحريض والإغانة على الإضرار وصورة الإغادة من الضرر . فقرر فى المادة ١٣٦ مسئولية من يحرض شخصاً آخر على الإضرار بالغير أو يبيته على ذلك ، كما قرر مسئولية من يفيد عن بينة من ضرر يصيب الغير . أما حكم الصورة الأولى ، وهى المأمة بمسئولية الشريك ، فلا وجه للشك فيه ، لأن الاشتراك فى ذاته يعتبر خطأ مستقلاً . ولكن حكم الصورة الثانية لا يزال غلاماً للظن من وجوه ، فإذا لم يكن قد وقع ممن أثرى على هذا النحو خطأ معين ، ولم يتجاوز أمره حدود الانتفاع عن بينة من ضرر أصاب الغير ، فلا تجوز مساءلته . إلا بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب (أنظر المادة ٥٠ من قانون الالتزامات والسبب) .

(مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣٥٤ - ٣٥٥) .

حتى لو كان هو محدود الذكاء . قليل النقطة . ضعيف الإدراك (١) . وهو مأخوذ به أيضاً حتى لو كان بطيء الحركة ، خامل الهمة ، بليد الطبع . وهو مأخوذ به كذلك حتى لو كان عنيف التصرف . ثائر الطبع . عصبي المزاج - ولو أن سائق السيارة ليلاً في المدينة كان ضعيف النظر . أو كان صبيّاً صغيراً في السن ، أو كان ريفياً لم يتعود القيادة في المدن ، أو كان امرأة لا تضبط أعصابها ، فإن شيئاً من هذا لا يغير من وجه المسألة . فما زال السائق مأخوذاً بتقياس السلوك المألوف من الشخص العادي . والشخص العادي هنا رجل سليم النظر . تعود القيادة . يستطيع عند الاقتضاء أن يضبط أعصابه . هذه هي الصفات التي ألقمها الناس . وما تنتظر بحق أن يكون عليها سائق السيارة ليلاً في المدينة .

نقول : سائق السيارة ليلاً في المدينة . ولم نقل سائق السيارة إطلاقاً دون تحديد . ذلك أن الشخص العادي الذي جعل مقياساً مجرداً . إذا كنا قد جردناه من جميع الظروف الملازمة للشخص المتعدى إذ هي ظروف داخلية تتصل بهذا الشخص بالذات . فليس لنا أن نجرده من الظروف الخارجية إذ هي ظروف عامة تتناول جميع الناس . فلا نجرده أولاً من ظروف الزمان . فهو يسوق السيارة ليلاً . وظرف الزمان هذا ظرف عام خارجي ، لا يتفرد به ، بل يستوى فيه مع سائر سائقي السيارات . ولا نجرده ثانياً من ظروف المكان . فهو يسوق السيارة في المدينة . وظرف المكان هذا هو أيضاً ظرف عام خارجي كظرف الزمان . وهناك ظروف أخرى خارجية عامة قد تحيط بسائق السيارة ، فيجب الاعتداد بها . وعدم التجرد منها . فهو قد يسوق سيارته في منعطفات ضيقة . أو في شوارع مزدحمة بالناس . أو على أرض مبللة . ففي مثل هذه الظروف الخارجية يجب عليه أن يصطنع الحيلة والأناة في السير . وهو قد يسوق سيارته في شوارع فسيحة أو في طرق خالية من الناس ، أو يخترق صحراء في طريق مهمل . ففي مثل هذه الظروف الخارجية لا ضير عليه إذا هو أسرع .

(١) بحيث لا يصل ضعف الإدراك إلى حد انعدام التمييز ، وإلا انعدم الركن المعنوي للخطأ . وسنرى ذلك فيما يلي .

نستظهر إذن مما قدمناه القاعدة الآتية : إن الشخص العادى . الذى يجعل سلوكه المألوف مقياساً للخطأ . يجب أن يتجرد من الظروف الداخلية الذاتية الملازمة للشخص المتعدى دون أن يتجرد من الظروف الخارجية العامة التى تحيط بالتعدى . وأهم الظروف الخارجية العامة التى لا يجوز التجرد منها هى ظروف الزمان وظروف المكان .

وقبل أن نترك هذا الموضوع . نعود إلى ظروف ثلاثة سبق أن اعتبرناها ظروفًا داخلية شخصية يجب التجرد منها . وهى ظرف السن . وظرف الجنس . وظرف الحالة الاجتماعية . فقد أسلفنا أن سائق السيارة . حتى لو كان صبيًا أو امرأة أو ريفيًا ، يجب أن يقاس سلوكه بسلوك الرجل العادى المجرد من هذه الظروف الثلاثة . وإذا صح هذا النظر فى شأن قيادة السيارة . حيث لا يختص بهذا العمل الصبيان أو النساء أو الريفيون دون غيرهم . فإنه لا يصح فى شأن الأعمال التى تعتبر عادة من أعمال الصبيان أو النساء أو أهل الريف . فإن الصبي الصغير إذا لعب مع رفقائه لا ينبغي أن يقاس سلوكه بسلوك الشخص الناضج فى السن . كذلك المرأة إذا باشرت عملاً تباشره النساء عادة . كالتعليم والتوليد والتربص . لا يقاس سلوكها فيه بسلوك الرجل . والريفي الساذج . وهو يعيش فى قرينته النائية عيشته المألوفة . لا يقاس سلوكه بسلوك المتحضر المثقف . ذلك أن الصبي الصغير فيما يقوم به من أعمال الصبيان ، والمرأة فيما تباشره من أعمال النساء . والريفي فيما يسكن إليه من حياة قروية ، ينبغي أن يعتبر كل منهم متميلاً إلى طبقة قائمة بذاتها . فيتجرد ، من كل طبقة من هذه الطبقات الثلاث . شخص عادى يكون سلوكه المألوف هو المقياس الذى يقاس به سلوك جميع الأفراد التى تنتمى إلى هذه الطبقة . فالمقياس المجرد للصبيان . فيما هو من أعمال الصبيان . صبي مثلهم . يتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التى تتعلق بصبي بالذات . والمقياس المجرد للنساء ، فيما تباشر النساء عادة من أعمال ، امرأة منهن ومن وسطبانهن تتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التى تتعلق بامرأة بالذات . والمقياس المجرد لأهل القرى ، فيما يدخل فى حياتهم الريفية . قروى منهم ومن أوسطهم يتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التى تتعلق بقروى بالذات . أما قيادة السيارة فلا تدخل فى

أعمال العبيان . ولا هي من الأعمال التي تبشرها النساء عادة . وليست محصورة في أهل القرى . لذلك كانت ظروف السن والجنس والحالة الاجتماعية بالنسبة إليها ظروفاً داخلية شخصية لا ظروفاً خارجية عامة . ومن ثم يبين أن الظرف الواحد قد يكون ظرفاً داخلياً شخصياً بالنسبة إلى شيء معين . ثم ينقلب إلى ظرف خارجي عام بالنسبة إلى شيء آخر . وفي هذه النسبية التي نقول بها ما يجعل المقياس المجرد أوفر مرونة وأكثر مطاوعة للتقتضيات الظروف (١) .

٥٣٠ - عبء الإثبات في ركن الزمري : والتعدي على الوجه الذي

بسطناه . إذا وقع من شخص فالحق ضرراً بآخر . كان على المضرور عبء إثبات وقوعه من المتعدي . فإن المسئولية هنا قد ترتبت على عمل شخصي صدر من المسئول . وقد أسلفنا أن المسئولية عن الأعمال الشخصية تقوم على خطأ واجب الإثبات . فعلى الدائن في هذه الحالة أن يثبت أن المدين قد انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادي . فترتبت المسئولية في ذمته . وهذا هو عين ما قررناه في المسئولية العقدية . فقد قدمنا أن الدائن في العقد هو الذي يثبت اختلال المدين بالتزامه العقدي . كما أن المدين هو الذي يثبت أنه قام بالتزامه (٢) . وهنا . في المسئولية التقصيرية . يثبت الدائن أن المدين قد أخل بالتزامه القانوني . فلم يصطنع الحيلة الواجبة في عدم الإضرار بالغير ، بأن

(١) ولا يقتصر تطبيق المقياس المجرد على الخطأ غير العمدي (الإهمال أو التقصير) ففي الخطأ العمدي أيضاً يطبق المقياس المجرد . ولا يكفي لتطبيقه أن يقال إن الشخص العادي في سلوكه المألوف لا يقصد الإضرار بالغير ، فيكون الخطأ العمد انحرافاً عن هذا السلوك المألوف (أنظر ملزو ١ فقرة ٤٣٩) . ذلك أن من يتعمد الإضرار بالغير لا يكون مخطئاً في جميع الأحوال . فالتاجر الذي ينافس تاجراً آخر منافسة شرعية لا يكون مخطئاً حتى لو تعمد الإضرار بمنافسه . وإنما يكون من يتعمد الإضرار بالغير متعدياً إذا هو انحرف في سلوكه عن السلوك المألوف للشخص العادي . فما نحن هنا تطبيق المقياس المجرد ، ولا يفتينا عنه قصد الإضرار بالغير . (قارن الدكتور سليمان مرقس في القمل الضار فقرة ٣٠) .

(٢) أنظر آخراً فقرة ٤٢٩ .

انحرف عن المألوف للرجل العادى فألحق الضرر بالذات (١) .

٥٣١- حالات تميزت بعمل التعدي عمه مشروعا : وإذا أثبتت الدائن

في المسؤولية التقصيرية وقوع التعدي من المدين . رجع عليه بتعويض الضرر الذى أحدثه هذا التعدي . إلا أن المدين يستطيع أن يزيل عن التعدي صفة عدم المشروعية . فيقلبه إلى عمل مشروع لا يوجب مسؤوليته . إذ هو أثبت أنه وقت أن ارتكب هذا العمل كان في إحدى حالات ثلاث : حالة الدفاع الشرعى (état de légitime défense) . أو حالة تنفيذ لأمر صادر من الرئيس (exécution d'un ordre émanant d'un supérieur hiérarchique) . أو حالة الضرورة (état de nécessité) .

وقد عرض القانون المدنى الجديد لهذه الحالات الثلاث بنصوص صريحة . وهى حالات نقلت عن القانون الجنائى . وتعتبر هناك أسباباً للإباحة . ونستعرضها هنا في إيجاز .

٥٣٢- مانه الدفاع الشرعى : نصت المادة ١٦٦ من القانون المدنى

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « ولما كان الأصل في المسؤولية التقصيرية بوجه عام أن تناط بخطأ يقام الدليل عليه ، لذلك أُلغى عبء الإثبات فيها على عاتق المضرور ، وهو الدائن . ويرامى أن المشروع لم يبتغ في هذه الناحية شأواً التقين السوفيين في ابتناء تلك المسؤولية على أساس الخطأ المفروض . فقد انتهى هذا التقين ، تقريباً على ذلك ، إلى تقرير قاعدة أخرى بشأن الإثبات . ففضى في المادة ٤٠٣ بأن (من أضر بالغير في شخصه أو ماله يلزم بتعويض الضرر . ويرأى من التزامه هذا إذا أقام الدليل على أنه لم يكن في مقدوره أن يلقى هذا الضرر ، أو أنه كانت له سلطة إحدائه من نوباً ، أو أنه حدث من جراء سبق إصرار المضرور أو إهماله الفاضح) . ويرامى من ناحية أخرى أن الثقة بين أحكام المشروع وبين المسؤولية على أساس تبعة المخاطر المتعددة لا تزال أبعد مدى ، بما يفرق تلك الأحكام عن المسؤولية على أساس الخطأ المفروض . ذلك أن الأوضاع الاقتصادية في البلاد لا تقتضى تطوراً يبلغ في عمقه مثل هذا المدن . وقصارى ما هناك أن المشروع قمع بتطبيق المسؤولية على أساس الخطأ المفروض في نطاق الأحكام الخاصة بالمسؤولية عن عمل الغير والمسؤولية الناشئة عن الأشياء . أما المسؤولية على أساس تبعة المخاطر المتعددة فلا يوجد في شأنها سوى تسميات خاصة تناولت تعليم مسائل بنت من التوضيح ما يؤهلها لهذا الضرب من التنظيم » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢٠٠٠ : ٢٠٠)

الجدية على أنه من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعى عن نفسه أو ماله ، أو عن نفس الغير أو ماله . كان غير مسئول . على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضرورى . وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٢٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« من أحدث ضرراً وهو في حالة دفع شرعى ، سواء تعلق هذا الدفاع به أو بغيره ، كان غير مسئول ، على ألا يجاوز في ذلك القدر الضرورى ، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة » . وفي لجنة المراجعة ناقش الأعضاء فيما هو الدفاع الشرعى ، واستقر الرأى على أن الدفاع الشرعى هو المحدد بشروطه في القانون الجنائى ، وقد أصبح نص المادة التهازى كما يأتى : « من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعى عن نفسه أو عن غيره كان غير مسئول ، على ألا يجاوز في دفاعه القدر الضرورى ، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة » . وأصبح رقمها ١٧٠ في المشروع التهازى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اقترح النص ، في حالة مجاوزة حدود الدفاع الشرعى ، على أن يكون التعويض بقدر المجاوزة ، فأجيب بأن نص المشروع يفيد هذا المعنى ومن المنفق عليه أن التعويض يقتصر على مقدار المجاوزة في الدفاع ، وقد وافقت اللجنة على هذا التفسير . ثم استعضبت عبارة « في حالة دفاع شرعى عن نفسه أو عن غيره » بعبارة « في حالة دفع شرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله » لإظهار أن الدفاع يشمل المال أيضاً وتحشياً مع الأحكام المقررة في هذا الشأن في قانون العقوبات . وأصبح رقم المادة ١٦٦ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٦٩ - ص ٣٧٢) . أنظر أيضاً الفقرة الأولى من المادة ٧٢ من المشروع الفرنسى الإبطالى .

ولا يوجد مقابل لهذا النص في القانون القديم ، ولكن القاعدة كان معمولاً بها ، والقانون الجديد لم يفعل غير أن قن أحكام القضاء في ذلك . وورد نصوم في قانون العقوبات عن الدفاع الشرعى نذكر منها ما يأتى :

م ٢٤٥ عقوبات : « لا عقوبة مطلقاً على من قتل غيره أو أسابه بجراح أو ضربه أثناء استعماله حق الدفاع الشرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله » . (وتراجع المواد من ٢٤٦ إلى ٢٥٠ وقد بينت الظروف التى ينشأ عنها هذا الحق والقيود التى يرتبط بها) .

م ٢٥١ عقوبات : « لا يعفى من العقاب بالسلكية من تعدى بنية سليمة حدود حق الدفاع الشرعى أثناء استعماله إياه دون أن يكون قاصداً إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع . ومع ذلك يجوز للقاضى إذا كان الفعل جنائياً أن يعده معذوراً إذا رأى لذلك عللاً وأن يحكم عليه بأخفيس بدلا من العقوبة المقررة في القانون » .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « ولما أحدث الضرر كذلك أن يتصل من تبعه عمله ويدفع المسئولة عن نفسه ... إذا أثبت توافر سبب من أسباب الإباحة وهى ثلاثة : الدفاع الشرعى ، ومردور أمر من رئيس ، والضرورة . أما حالة الدفاع الشرعى فقد عرفها التقييدان التونسى والمراكشى في المادتين ١٠٤ - ١٠٥ بأنها =

فالدفاع الشرعى عن النفس أو المال يبيح التعدى ويجعله مشروعاً . ولكن يجب في ذلك توافر الشروط المعروفة للدفاع الشرعى وهى : (أولاً) أن يكون هناك خطر حال على نفس الدافع أو ماله . أو على نفس الغير أو مال هذا الغير إذا كان عزيزاً عليه إلى درجة كبيرة . ولا يشترط وقوع الاعتداء على النفس أو المال بالفعل . بل يكفي أن يكون قد وقع فعل يخشى منه وقوع هذا الاعتداء . ويترك هذا لتقدير الدافع متى كان هذا التقدير مبنياً على أسباب معقولة (١) . (ثانياً) أن يكون إيقاع هذا الخطر عملاً غير مشروع . فليس

== (حالة يغير فيها الشخص على العمل لديه اعتداء حال غير مشروع موجه إلى شخصه أو ماله ، أو موجه إلى شخص الغير أو ماله) . فن يقوم بالدفاع الشرعى في مثل هذه الحالة ، فيجئ ضرراً للمعتدى ، لا يكون مثولاً ، ولا يعتبر ما وقع منه خطأً يوجب المساءلة . وقد نص التقنين الألمانى صراحة على ذلك ، فقضى في المادة ٢٢٧ بأن « كل عمل يفرض على الشخص سبيل الدفاع عن النفس لا يعتبر مخالفاً للقانون » . ولم يقتصر القانون البرتغالى على تحويل الشخص حق الدفاع عن نفسه فحسب ، بل جاوز هذه الحدود ، وجعل من ذلك الدفاع واجباً يقوم على عاتق من يشهد الاعتداء . وليس هذا الواجب مجرد واجب أدبى ، وإنما هو واجب قانونى ترتب عليه تبعات قانونية . وقد نصت المادة ٢٣٦٨ من هذا التقنين على أن « كل من يمنع عن مقاومة عمل غير مشروع ، وكان لا يعرض نفسه لخطر لو أنه قاومه ، يسأل عن التوطين مسئولية احتياطية » . وبديهي أن المسئولية لا ترتفع في حالة الدفاع الشرعى إلا إذا كان من ألقى إليه قد اقتصر على القدر اللازم لدفع الخطر في غير إفراط . فإذا جاوز هذا القدر اعتبر ما وقع منه من قبيل الخطأ ، وقاسم المعتدى بذلك تبعة خطأ مشترك يتردد بينهما . وفي هذه الصورة يقضى للمضروب بتوطين عادل ولكنه تموين مخفف بقدره الثانى وفقاً لقواعد الخطأ المشترك » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٨ — ص ٣٧٩) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط في القانون لقيام حالة الدفاع الشرعى أن يكون قد وقع اعتداء على النفس أو المال بالفعل ، بل يكفي أن يكون قد وقع فعل يخشى منه وقوع هذا الاعتداء . وتقدير الدافع أن الفعل يستوجب الدفاع يكفي فيه أن يكون مبنياً على أسباب معقولة من شأنها أن تبرر ذلك . وما دامت العبرة في التقدير بما يراه الدافع في ظروفه التى يكون فيها ، فإن رأى المحكمة وهى تصدر الحكم في الدعوى يجب ألا يحجب له حساب في ذلك . وإذن فنقول الحكم بأن التهم لم يصب لا هو ولا أحد من الأهالى بأية إصابة ، وأن قصد الماكر الحجب عليهم من إطلاق النار وتضويب البندقية إليه كان مجرد التهديد — هذا القول على إطلاقه لا يصلح سبباً لنفى ماتمك به التهم من أنه كان في حالة دفاع شرعى ، إذ هو لو كان اعتقد في الظروف التى كان فيها أن العيار الذى أطلق كان مقصوداً به إصابته أو إصابة أحد من كانوا معه بمحل الواقعة لكان اعتقاده له ما يبرره ولكان كافياً في تبرير طلب التعويض . تم سنة ١٩٤٢ ح ٢٤ رقم ٩٨ ==

لمن أتى القبض عليه بطريق قانوني أن يقاوم رجال الشرطة بحجة الدفاع الشرعى. (ثالثاً) أن يكون دفع الاعتداء بالقدر اللازم دون مجاوزة أو إفراط . فإن جاوز الشخص حدود الدفاع الشرعى كان متعدياً . وثبت في جانبه الخطأ . ولكن هذا الخطأ من جانب المعتدى عليه بقاياه خطأ من جانب المعتدى ، فتكون مسئولية من جاوز حدود الدفاع الشرعى مسئولية مخففة ، والتعويض الذى يدفعه « تراعى فيه مقتضيات العدالة » كما يقضى النص ، وذلك طبقاً لقواعد المسئولية عن الخطأ المشترك . وسيرد ذكر ذلك .

ومنى توافرت شروط الدفاع الشرعى . كان دفع الاعتداء باعتداء مثله لا يعتبر تعدياً ، بل هو عمل مشروع لا تترتب عليه المسئولية . ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم . ويمكن تخريج هذا الحكم على أحد وجهين :

(الوجه الأول) أن دفع الاعتداء إذا اعتبر تعدياً فثبت الخطأ في جانب المعتدى عليه . فإنه يبقى بعد ذلك أن هذا الخطأ قابله من جانب المعتدى خطأ أكبر منه ، إذ كان هو البادىء . والقواعد المعروفة في نظرية الخطأ المشترك تجعل الخطأ الأكبر يستغرق الخطأ الأصغر . ولكن تخريج الحكم على هذا الوجه لا يبنى التعدى في جانب المعتدى عليه ، إذ يعتبر دفعه للاعتداء خطأ وإن استغرقه خطأ أكبر منه .

(الوجه الثانى) ان دفع الاعتداء لا يعتبر تعدياً ، وليس هو بخطأ أصغر . استغرقه خطأ أكبر منه . بل هو عمل مباح مشروع . وتطبيق المقياس المجرد الذى يقاس به ركن التعدى يؤدى إلى هذه النتيجة . فإما هو السلوك المألوف للشخص العادى إذا دهمه خطر ؟ إنه يدفع دون شك هذا الخطر بما وسعه من جهد ، مراعيًا في ذلك تناسباً معقولا بين الخطر الذى يهدده والوسيلة التى يدفع بها الاعتداء . فإذا لم ينحرف المعتدى عليه عن هذا السلوك لم يكن متعدياً . أما إذا انحرف عنه ، بأن لم يراعِ التناسب المعقول بين الخطر والوسيلة

== ٣٢١ - أنظر أيضاً هـس جئائى فى ١ أبريل سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ٨٣ من ١٩٤٣ . وفنت كذلك بأنه إذا كانت الواقعة الثابتة بالحكم هى أن التهم لم يطلق المقذوف التارى التى أسباب الجنى عليه إلا حين رآه عند القبر فى زراعته يسرق منها فهذا ، من كانت الإصابة غير ميمية ، مما يسوغ القول بأن التهم كان فى حالة دفاع شرعى عن ماله (هـس جئائى فى ١٨ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٤٩ من ١٩٤٠) .

لدهمه ، اجبر عمله تعدياً يخفف عنه الاعتداء الذى بودى به طبقاً لقواعد الخطأ المشترك .

ونحن نؤثر هذا التخرج ، لأنه هو الذى يتمشى مع المقياس الجرد لركن التحلى على النحو الذى أسلفناه (١) .

٥٢٣- مادة حقبة صدر من الرئيس : نصت المادة ١٦٧ من القانون

المدنى الجديد على أنه « لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذى أضر بالغير إذا قام به تفضيلاً للأمر صدر إليه من رئيس . متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو كان يعتقد أنها واجبة . واثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى وقع منه وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة . وأنه راعى فى عمله جانب الحيطة (٢) .

(١) أنظر حازو ١٠ فقرة ٤٨٩ - هذا ولم أجدنا بالتخرج الأول ، ولعلنا دفع الاعتداء خطأ استغرقه خطأ أكبر ، تصدق تبرير الإعفاء من المسؤولية التفسيرية فى حالة الضرورة ، ولكن العمل الضار الذى يقع فى هذه الحالة خطأً فاعلاً لم يقابل خطأً استغرقه من جانب الضرور (أنظر فقرة ٥٣٤ فيما يلى) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٣٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : ١ - لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذى أضر بالغير ، إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس يجب عليه طاعته أو من رئيس يعتقد أن الطاعة واجبة له . ٢ - وعلى من أحدث الضرر أن يثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى قام به ، بأن يقيم الدليل على أنه راعى فى ذلك جانب الحيطة وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة . وفى لجنة المراجعة أبدلت عبارة « من رئيس يجب طاعته أو من رئيس يعتقد أن الطاعة واجبة له » بعبارة « من رئيس نظائى متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو متى كان يعتقد أنها واجبة » ، وذلك لأن الرئيس ليس هو الذى يجب طاعته ، بل الأمر الذى صدر من هذا الرئيس هو الذى يجب له الطاعة . وأصبح رقم المادة ١٧١ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذوت كلمة « نظائى » لأنها تزيد ، وأدجت الفقرة الثانية فى الفقرة الأولى بعد أن عدلت على الوجه الآتى : « واثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى وقع منه وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة ، وأنه راعى فى عمله جانب الحيطة » . وقد موخت اللجنة فى التعديل ألا تفصل بين شقى الحكم فصلاً يثير فى الذهن أن الأمر لا يبدو مجرد الإنبات كما كان يفهم ذلك من النص قبل التعديل ، فالواقع أن المسؤولية لا ترفع إلا إذا توافرت جمع العناصر التى يتضمنها النص . وأصبح رقم المادة ١٦٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣٧٣ - ص ٣٧٦) .

ولم يشمل القانون المدنى القديم على نص فى هذه المسألة ، ولكن القضاء كان يهرع على مقتضى هذا الحكم لانتباطه على القواعد العامة (أنظر استئناف مختلط فى ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م =

فإطاعة أمر صادر من الرئيس يجعل التعدي عملاً مشروعاً بشروط ثلاثة: (أولاً) أن يكون من صدر منه العمل موظفاً عاماً (١). (ثانياً) أن يكون قد صدر له أمر بتنفيذ هذا العمل من رئيس . ولو غير مباشر . طاعته واجبة عليه . وليس يكفي أن يعتقد الموظف أن طاعة الرئيس واجبة - وهذا ما كان المشروع التمهيدى للقانون الجديد يكتفى به - بل يجب إلى ذلك أن يعتقد أن طاعة الأمر ذاته الذى صدر إليه من الرئيس واجبة . فقد يصدر رئيس واجب طاعته إلى مروهه أمراً غير واجب الطاعة . فلا يجوز للمروءوس فى هذه الحالة أن ينفذ هذا الأمر غير المشروع . وإلا كان تعدياً تترتب عليه مسئولية

== ١٠ من ١٧٤ - وفى ٢١ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ من ٥٢١ .
ويشتمل قانون العقوبات على نص يقابل نص القانون المدنى الجديد ، هو المادة ٦٣ ، وتجرى على الوجه الآتى :

« لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميرى فى الأحوال الآتية : (أولاً) إذا ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه إطاعته أو اعتقد أنها واجبة . (ثانياً) إذا حست بته وارتكب فعلاً تنفيذاً لأمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه . وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحرى وأنه كان يعتقد مشروعته وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة . »

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وترفع المسئولية كذلك إذا كان العمل الضار قد وقع تنفيذاً لأمر صادر من رئيس إدارى لاتفاء الخطأ فى هذه الصورة . ويشترط لإعمال هذا الحكم شرطان . فيجب أولاً أن يكون عدت الضرر موظفاً عاماً . ويجب ثانياً أن يكون العمل الضار قد وقع تنفيذاً لأمر صادر من رئيس إدارى ولو لم يكن الرئيس المباشر . وعلى من أحدث الضرر أن يقيم الدليل ، لا على اعتقاده وجوب طاعة هذا الرئيس لحسب (وقد رأينا أن المشروع التمهيدى جعل الطاعة واجبة أيضاً للأمر الصادر من الرئيس) ، بل وكذلك على اعتقاده وجوب تنفيذ الأمر الصادر منه . وعليه كذلك أن يقيم الدليل على أن اعتقاده هذا كان مبنياً على أسباب معقولة وأنه راعى جانب المحطة فيما وقع منه . » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣٧٩) .

(١) ولما كان القانون المدنى القديم لم يشتمل على نص فى هذه المسألة كما قدمنا ، فقد كان القضاء لا يعمل صفة الموظف العام أمراً ضرورياً (استئناف محتاط فى ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ من ١٧٤ - محكمة مصر المختلطة فى ٩ مارس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٧ رقم ١٨ من ٢٤) . وكان بحث هل الوكيل يكون مسؤولاً شخصياً وهو ينفذ تعليمات موكله (استئناف محتاط فى ١٧ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ من ٢٠٢ - وفى ١٠ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ من ٣٨٩) ، وهل مدير الشركة يكون مسؤولاً شخصياً وهو ينفذ قرارات مجلس الإدارة (استئناف محتاط فى ٢٨ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ من ٢٧٩) ، فكان يقضى بأن هؤلاء يكونون مسئولين متى كانوا يعلمون أن العمل الذى ينفذونه هو عمل غير مشروع .

الموظف . مثل ذلك أن يصدر مأمور المركز أمراً لأحد الضباط بالقبض على متهم وحجسه دون أن يستصدر بذلك أمراً من النيابة العامة . (ثالثاً) أن يثبت الموظف أمرين : أولهما أنه كان يعتقد مشروعية الأمر الذي نفذه وأن هذا الاعتقاد مبني على أسباب معقولة لا على مجرد الظن (١) . والثاني أنه راعى في عمله جانب الحيطة ، فلم يرتكب العمل إلا بعد التثبت والتحري .

بهذه الشروط وفي هذه الحدود يكون تنفيذ الموظف لأمر غير مشروع عملاً مشروعاً لا يوجب مسئوليته . وإن كان يوجب بطبيعة الحال مسئولية الرئيس الأمر . وهذا الحكم يمكن تخريجه أيضاً بتطبيق المقياس المحرر . مقياس السالك المألوف من الشخص العادي . فإن الشخص العادي إذا وجد في الظروف التي حددتها الشروط المشار إليها لا يجد بداً من تنفيذ أمر رئيسه ، فالموظف إذن لم ينحرف عن هذا السلوك المألوف ، فلا يكون متعدياً ولا ترتب مسئوليته (٢) .

وما يقال في إطاعة أمر الرئيس يقال أيضاً في إطاعة أمر القانون . فيكفي أن يكون الموظف العام قد اعتقد بحسن نية أنه قام بالعمل تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو لما اعتقد أن إجراءاته داخل في اختصاصه ، وأن يثبت أن اعتقاده هذا مبني على أسباب معقولة وأنه لم يقدم على العمل إلا بعد التثبت والتحري ، حتى يكون عمله مشروعاً لأنه لم ينحرف به عن السلوك المألوف للرجل العادي (٣) .

٥٣٤ - حالة الضرورة : نصت المادة ١٦٨ من القانون المدني الجديد على أن من سبب ضرراً للغير ليقادى ضرراً أكبر ، محققاً به أو بغيره ، لا يكون

(١) وظاهر أنه لو اتضح أن الموظف العام كان يعلم عدم مشروعية العمل الذي ارتكبه ، فإنه يكون مسؤولاً (استئناف مخطوط في ٢١ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ من ٥٢١ وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم) .

(٢) أنظر مازو ١ فقرة ٤٩٧ .

(٣) أنظر المادة ٦٣ من قانون العقوبات الفقرة (ثانياً) - وانظر في الموضوع : استئناف

مخطوط في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ من ١٠٦ .

هذا وإذا كان الأمر الصادر من رئيس إداري يجعل العمل مشروعاً ، فإن الترخيص الإداري لا يقع من المسئولية المدنية . فإذا حصل صاحب المصنع على رخصة بإدارة مصنعه بعد استيفائه الشروط المقررة ، فإنه يبقى مسؤولاً إذا أضر الغير بمحطته ، ولا يستطيع أن يدفع مسئولته بأنه حصل على ترخيص بإدارة المصنع واستوفى الشروط التي تطلبها الإدارة (مازو ١ فقرة ٤٩٨) .

ملزماً إلا بالتعويض الذى يبرأه القاضى مناسباً (١).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٣٤ من المشروع التيمى على الوجه الآتى : « من سب مزارعاً للغير ، وقاية نفسه أو لغيره من ضرر عديم يريد كثيراً على الضرر الذى سببه ، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسباً . وأقرب لجنة المراجعة هذا النص ، وأصبح رقمه المادة ١٧٧ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عليه . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عدل النص حتى أصبح مطابقاً للنص الوارد فى القانون الجديد ، وأصبح رقمه المادة ١٦٨ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته . (مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ٣٧٧ - س ٣٨١) . وأعطى أيضاً فى هذه السلسلة المادة ٧٧ فقرة ٢ من المشروع الفرنسى الإبطال ، والمادة ٢٢٨ من القانون الألمانى ، والمادة ٥٢ فقرة ٢ من قانون الالتزامات السويسرى ، والمادة ١٣٠ من القانون البولونى .

ولم يشتمل القانون المدنى القديم على نص يقابل هذا النص فى القانون المدنى الجديد . ولكن قانون العقوبات تضمن النص الآتى :

م ٦١ عقوبات : « لا عقاب على من ارتكب جريمة أُلجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر حسيم على النفس على وشك الوقوع به أو غيره ، ولم يكن لإرادته دخل فى حله ولا فى قدرته منه طريقة أخرى » .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التيمى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويراعى أخيراً أن حالة الضرورة قد تستمع للتخفيف من المسؤولية أو عيها . فهي تؤدى إلى التخفيف إذا لم يكن للضرر نصيب فى قيامها . وبطل عدت الضرر مشلولاً فى هذه الحالة ، ولكنه لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسباً ، باعتبار أنه أُجبر إلى ارتكاب العمل الضار وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر عديم أشد خطراً . فهو من هذه الناحية أيسر نعمة وأخف وزراً . أما الغير الذى وقع الضرر وقاية له فيكون مشلولاً قبل عدت الضرر أى قبل الضرر وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب . وينبغى التحرز ، فى هذا المقام ، فى التفريق بين حالة الضرورة وبين القوة القاهرة من ناحية . وبين هذه الحالة وحالة الدفاع الشرعى من ناحية أخرى . ففي حالة الضرورة يكون لمحدث الضرر مدحوخة عن إحدائه لو أنه وطن نفسه على تحمل الضرر الذى كان يهدده . أما القوة القاهرة فهي على النقيض من ذلك تلجئ إلى الإضرار الجاء لا قبل للفاعل بدفعه . ثم إن الخطر الدائم الذى يقصد إلى توقيه فى حالة الضرورة لا يكون للضرر يد فى إحدائه . ويختلف عن ذلك وضع المضرور فى حالة الدفاع الشرعى ، فهو بذاته عدت ذلك الخطر . ويتفرع على ما تقدم أن حالة الضرورة قد تختلط بحالة الدفع الشرعى إذا كان العمل الضار لم يدفع إليه خطر خارجى ، وإنما استلزمه خطر صادر من المضرور نفسه . ففى مثل هذه الحالة تنتفى المسؤولية بتماماً ، ويكون للضرر حكم الدفع الشرعى من هذا الوجه . وقد لمح التقنين الألمانى هذه التفرقة ، فنص فى المادة ٢٢٨ على أن (كل من أتلّف أو خرب شيئاً مملوكاً للغير لدرء خطر يهدده أو يهدد غيره من جراء هذا الشيء لا يعد بذلك مخالفاً للقانون ، متى كان الإثلاف أو التخريب قد استلزمه دفع الخطر وكان الضرر متناسباً مع هذا الخطر . فإذا كان الفاعل قد أحدث الخطر بفعله سئل عن تعويض الضرر) . وقد اتبع التقنين البولونى هذه التفرقة نفسها مع اختلاف فى التعبير ، فنص فى المادة ١٤٠ على أن (كل من =

فالشروط التي يتطلبها النص حتى تتحقق حالة الضرورة هي : (أولاً) أن يكون الشخص الذي سبب الضرر ، هو أو غيره . مهدداً بخطر حال . ولا فرق بين خطر يهدد النفس وخطر يهدد المال من حيث المسؤولية المدنية . أما المسؤولية الجنائية فلا ترتفع إلا إذا كان الخطر يهدد النفس (م ٦١ عقوبات) . (ثانياً) أن يكون هذا الخطر الحال مصدره أجنبي . فلا يد فيه لمن سبب الضرر ولا لمن وقع عليه الضرر . فإذا كان الخطر مصدره من سبب الضرر فإن إلحاقه الضرر بالغير لكي يتقو خطراً هو الذي جلبه على نفسه يعتبر تعدياً يوجب مسؤوليته كاملة . وإذا كان الخطر مصدره هو من وقع عليه الضرر . فإن دفع الخطر ولو بإلحاق ضرر بمن كان مصدراً لهذا الخطر يعتبر دفاعاً شرعياً يعفى من المسؤولية أصلاً . (ثالثاً) أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد بكثير من الضرر الذي وقع . ونرى هنا وجوب التمييز بين فروض أربعة : الفرض الأول أن يكون الضرر الذي وقع لا يعد شيئاً مذكوراً يتجانب الخطر المراد تفاديه . فالشخص الذي يخشى الفرق لا يحجم عن إتلاف مال زهيد القيمة ، كأن يقطع شجرة مملوكة للغير يمسك بها حتى ينقذ نفسه من الفرق . فإذا ارتفع الخطر إلى هذا الحد من الجسامة ، ونزل الضرر إلى هذا الحد من التفاهة ،

== خرب أو أتلف شيئاً مملوكاً للغير ، أو قتل أو جرح حيواناً مملوكاً للغير ، وقاية لنفسه أو لغيره من خطر يهدده أو يهدد هذا الغير مباشرة من جراء هذا الشيء أو ذاك الحيوان لا يسأل عما يحدث من ضرر ، إذا كان لم يستجب هذا الخطر ، وكان الفعل الذي ترتب عليه الضرر لازماً) . ويلاحظ أن التقنين المتقدم ذكرهما يفرقان بين حالة إحداث الخطر من جراء شيء يملكه الضرور وبين حالة إحداث الخطر بخطأ من وقع الضرر منه . ففي الحالة الأولى تنتفي المسؤولية بتاتاً ، في حين أنها تظل في الحالة الثانية كاملة غير منقوصة . على أن المشروع قد عرض لحالة أدق من الحالتين السابقتين ، فواجه صورة من صور الخطر تنجم عن ظروف خارجية لا يكون لمحدث الضرر أو الضرور يد فيها ، وقضى بتخفيف المسؤولية في هذه الصورة عوضاً عن الإبقاء عليها أو قبيحها في مجملها . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣٧٩ - من ٢٨٠) .

أنظر في حالة الضرور : مازو ١ فقرة ٤٩٢ - فقرة ٤٩٥ - ديموج ٣ فقرة ٢٤٠ و ٦ فقرة ٦٢٨ وما بعدها - سافاتييه ١ فقرة ٩٨ وما بعدها ، وكذلك مقال له نشر في مجموعة من الدراسات في القانون المدني لذكرى كابتان ص ٧٢٩ وما بعدها - ريبير في القاعدة الأدبية في الالتزامات المدنية فقرة ٤٦ - بلانويل وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٦٧ - لالو فقرة ٣٠٢ وما بعدها - لالمان (Lallement) رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ - أبوف (Abouf) رسالة من باريس سنة ١٩٤١ - ستارك (Starck) رسالة من باريس سنة ١٩٤٧ .

أمكن القول إن الخطر هنا يعد قوة القاهرة تنفي المسؤولية بثنائاً . فلا يرجع صاحب الشجرة بدعوى المسؤولية التقصيرية ، وكل ما يرجع به هو دعوى الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروطها . والفرض الثاني أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد بكثير من الضرر الذى وقع . وهذا هو الفرض المألوف فى حالة الضرورة . فالشخص الذى يستولى على دواء لا يملكه ، يعالج به نفسه من مرض دمه ، يتفادى خطر المرض . وهو فى العادة أشد بكثير من الحسارة التى تصيب صاحب الدواء . ولم يبلغ الخطر منزلة القوة القاهرة - ومن ثم وجب التفرق بين القوة القاهرة وحالة الضرورة - ولكن المريض الذى استولى على الدواء يعتبر فى حالة ضرورة ملحة تعفيه من المسؤولية التقصيرية . وإن كانت لا تعفيه من رجوع صاحب الدواء عليه بدعوى الإثراء بلا سبب . والفرض الثالث أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد من الضرر الذى وقع ، ولكنه لم يبلغ حد القوة القاهرة ولا حد الضرورة الملحة . فالشخص الذى يتلف مالا للغير ذا قيمة لا يستهان بها . ليطفئ حريقاً شبت فى داره ، لا يعنى من المسؤولية التقصيرية جملة واحدة . وتقدر الضرورة بقدرها . فيلزمه القاضى بتعويض مناسب . أى بتعويض مخفف ، عن المسؤولية التقصيرية - وهذا ما يقضى به النص صراحة - إلى جانب رجوع صاحب المال عليه بدعوى الإثراء بلا سبب . والفرض الرابع أن يكون الخطر المراد تفاديه مساوياً للضرر الذى وقع ، أو دونه فى الحساسة . وفى هذه الحالة لا يجوز لشخص أن يلحق بغيره ضرراً ليتفادى خطراً لا يزيد على هذا الضرر . ومن فعل ذلك كان متعدياً ، وتحققت مسئوليته التقصيرية كاملة (١) . ونحن فى التمييز ما بين هذه الفروض الأربعة إنما نقيس المسؤولية بمقياسها المجرد ، وهو السلوك المألوف للشخص العادى ، فحيث وقع انحراف عن هذا السلوك قامت المسؤولية .

ولم يقع انحراف فى الفرضين الأول والثانى . لذلك لم تقم المسؤولية . ووقع انحراف فى الفرض الثالث ، ولكن خفف منه قيام الضرورة ، فجاء النص

(١) قس أول فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٤٨٨ م ٩٦٣ - وفى ٩٧ نوفمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ١٥٨ م ٤٦٨ .

محمداً لمستوى . ووقع الانحراف كاملاً في الفرض الرابع . لم يخفف منه ضروره برره . فكانت المسئولية من أجل ذلك مسئولية كاملة (١) .

٢٨ - الركن المعنوى : الادراك

٥٣٥ - مناط المسؤولية التمييز : الإدراك هو الركن المعنوى في الخطأ

فلا يكفي ركن التعدى ليقوم الخطأ . بل يجب لقيامه أن يكون من وقعت منه أعمال التعدى مدركاً لها . ولا مسئولية دون تمييز . فالصبي غير المميز . والمجنون . والمعته عتياً تاماً ، ومن فقد رشده لسبب عارض كالسكر والعبوة والمرض . والمنوم تنويماً مغنطيسياً . والمصاب بمرض النوم . كل هؤلاء لا يمكن أن ينسب إليهم خطأ لأنهم غير مدركين لأعمالهم . وهذه مسألة كاد الإجماع يتفق عليها منذ تقررت في القانون الرومانى . وانتقلت منه إلى العصور الوسطى ، ومن هذه إلى العصور الحديثة . واعتبر سقوط المسئولية عن عديم التمييز من الناحيتين الجنائية والمدنية معاً خطوة خطاها القانون إلى الأمام .

٥٣٦ - ركن الادراك ينفي الخطأ عن عديم التمييز : ولكن تبار

(١) بقيت مسألة أخيرة في ركن التعدى ، هي المقارنة ما بين وضعين لا تتحقق المسئولية في أى منهما مع أنهما وضعان مختلفان . فهناك وضع لم يتم فيه ركن التعدى فانتفى الخطأ ، ووضع انتفى فيه علاقة السببية لقيام السبب الأجنبى . ويغضى من يظن أن هذين الوضعين متماثلان : لاشك في أن قيام السبب الأجنبى تنفى به المسئولية ، فلا محل عندئذ للبحث عما إذا كان هناك خطأ ، فهو حتى إذا كان موجوداً لا تتحقق به المسئولية . ولكن العكس غير صحيح . فإن السبب الأجنبى إذا لم يتم ، بقى محل للبحث هل الخطأ متف أو موجود . ونصير الأهمية العملية لما قرره في حالة ما إذا كان الخطأ مفروضاً فربما قابلاً لإثبات العكس . كما في مسئولية من تولى الرقابة على الغير . فإن المشغول في هذه الحالة لا يطلب منه إثبات السبب الأجنبى (cause étrangère) ، بل يكفي أن يثبت انتفاء الخطأ (absence de faute) . وهذه مرحلة أبسر في الإثبات إذ يستطيع من فرض في جانبه الخطأ أن يثبت أن الطريق الذى سلكه لم يتعرف فيه عن الطريق المألوف الذى يسلكه الشخص العادى ، وبذلك ينتفى الخطأ . أما من يثبت السبب الأجنبى فإنه يثبت أن الطريق الذى سلكه هو الطريق الوحيد الذى كان يتعم عليه أن يسلكه . والفرق ماهر بين الوضعين . فانتفاء الخطأ هو إذن مرحلة وسطى بين مرحلتين : وقوع الخطأ وقيام السبب الأجنبى (أنظر منذو ١ فقرة ٦٢٤ - فقرة ٦٣٣) .

الطرية المادية في المسؤولية التفسيرية . هي النظرة التي تبني المسؤولية على تحمل التبعة لا على خطأ . بدأ في العهد الأخير بعيداً إلى ميدان البحث بمسئولية عدم التمييز . فأصدر النظرية المادية يقولون بالمسئولية حتى إذا انعدم التمييز ، فغير المميز إذا لم يكن قادراً على ارتكاب الخطأ يستطيع إحداث الضرر . والمسئولية عندهم إما تقوم على الضرر . ونعوا على المتسكين بالخطأ أساساً للمسئولية أن منطقتهم يستلزم عدم المساءلة إذا انعدم التمييز . وأشاروا إلى حالات آتت من المساءلة وبالأخص عدم التمييز إذا كان واسع الزمان ما أحدثته من ضرر حسيب لتفكير معدوم . فعمد بعض أنصار المسئولية المبينة على الخطأ إلى تعديل موقفهم من عدم التمييز . ورأوا في المقياس المحرد الذي المحدود معياراً للتعدى ما ظنوه يعينهم على القول بمسئولية عدم التمييز في نطاق الخطأ فقالوا إن عدم التمييز ليس قادراً فحسب على إحداث الضرر . بل هو أيضاً قادر على ارتكاب الخطأ إذ الخطأ عندهم له ركن واحد هو التعدى . والتعدى له هذا المقياس المحرد الذي سبق بيانه . وعدم التمييز . صعباً غير مميز كان أو مخوناً أو معتوهاً أو غير ذلك . إذا قيس سلوكه بالسلوك المألوف للشخص العادى . بدأ الخرافة . ووضح شذوذه . ولم يدع مجالاً للقول بأنه يتصرف تصرف المميزين . فهو إذا صدر منه عمل يضر بالغير ، كان العمل تعدياً يستوجب المساءلة . أما انعدام التمييز فهو ظرف داخلي شخصي لا يجوز أن يقوم له اعتبار . وقد تقدم أنه يجب تجريد الشخص العادى الذى جعل مقدساً للتعدى من جميع الظروف الداخلية الشخصية

ونبادر إلى القول إنه حتى لو قيل إن الخطأ ليس له إلا ركن واحد هو ركن التعدى ، فإن المقياس المحرد لهذا الركن لا ينعف في نظرنا القائلين بمسئولية عدم التمييز . فقد قدمنا أنه لا يصح اعتبار ظرف عام تشترك فيه طائفة من الناس ظرفاً داخلياً خاصاً بكل فرد من أفراد هذه الطائفة . عند تقدير ما يصدر عادة عن هذه الطائفة من أعمال فالصية والنساء والريفيون مقياسهم المحرد في الأعمال التي تصدر منهم في العادة ، لا يتجرد من عوامل السن والجنس والحالة الاجتماعية ومقياس كل طائفة من هؤلاء شخص من أوسطهم ينتمى إلى الطائفة بالذات ، فلا يتجرد من المميز العام لهذه الطائفة ، وإن تجرد من الظروف الداخلية الشخصية التي تتعلق بفرد من هذه الطائفة . كذلك عدم التمييز

هم أيضاً طائفة من الناس تشترك في مميز عام هو انعدام التمييز ، فلا يجوز أن يتجرد مقياسهم من هذا المميز في تقدير الأعمال التي تصدر منهم في العادة . ولما كان عديم التمييز لا يتصور فيهم أن يتصرفوا تصرف المميزين . فإن كل عمل يصدر منهم ، مهما كان غريباً شاذاً . يدخل في من أعمالهم المعتادة . ويجب ألا يتجرد المقياس فيه من عامل انعدام التمييز (١) . فإذا قيس سلوكهم في أى عمل يصدر منهم إلى السلوك المألوف من شخص عديم التمييز . فإن هذا السلوك لا ينحرف عن مقياسه . ولا يعتبر بعيداً . وعلى هذا الوجه يكون عديم التمييز غير مسئول .

هذا كله لو قيل إن الخطأ لا يتطوى إلا على ركن التعدي . والصحيح في نظرنا أن للخطأ ركناً آخر هو ركن الإدراك . ولا تزال المسؤولية المدنية . مهما جردناها من العوامل الأدبية . مرتبطة بهذا العامل الأدبي لا يجوز أن تنفك عنه . فهي تقوم على التمييز . والشخص الذي لا يدرك ما يصدر عنه من عمل لا تجوز مساءلته لا أدبياً ولا جنائياً ولا مدنياً . ما دامت المسؤولية تقوم على الخطأ . وهذا هو فضل النظرية الشخصية . فهي تربط المسؤولية بالخطأ . وتربط الخطأ بالتمييز . فتشيع في المسؤولية عاملاً أدبياً لا يجوز الاستغناء عنه . إذ هو عنصر ذاتي يخفف من حدة العنصر الموضوعي الذي يهيمن على مقياس الشخص المجرد (٢) .

ويبقى أخيراً أن نلاحظ أن التمييز في المسؤولية التقصيرية لا يكيف على أنه

(١) فالخائن مقياسهم المجرد ، فيما هو من أعمال الخائن ، مجنون منهم تقاس تصرفاتهم إلى تصرفاته . ويلاحظ أن كل عمل يصدر من المجنون يعتبر من أعمال الخائن ، وأن الخائن سواسية في انعدام التمييز ، فأى مجنون يصلح أن يكون هو القياس المجرد .

(٢) أنظر بلايول وريير وبولانجيح ٢ فقرة ٩٦٨ — كولان وكايتان من ٢٢٢ — من ٢٢٤ — بلايول وريير وإسمان ١ فقرة ٤٩٨ — الموجز للمؤلف من ٣٢٥ — من ٣٢٢ — مصطفى مرعى بك من ٤٩ — من ٥٢ — الدكتور أحمد حشمت أبو سنيت بك من ٣١١ — من ٣١٣ — أنظر عكس ذلك ما زو ١ فقرة ٤٥٦ وما بعدها — الدكتور سليمان مرقس في الفعل الضار من ٣٥ — من ٣٧ — ومع ذلك أنظر من ٦٤ الدكتور عبد المعلى خيال بك مذكريات غير مطبوعة مشار إليها في مؤلف حشمت بك من ٣١٢ .

هذا وقد بينا ما يتطوى عليه مقياس الشخص المجرد من تسليم جزئى تتحمل التبعة ، فلو قلنا بمسأة عديم التمييز ، لعلنا بالنسبة إليه بنظرية تتحمل التبعة تسليمها كاملاً .

أهلية يجب توفرها . كالأهلية في العقد . إنما التمييز هو ركن الإدراك في الخطأ . وبدونه لا يكون التعدي خطأ . وقد سبق ذكر ذلك عند الكلام في الأهلية .

ونستعرض الآن ركن الإدراك في الشخص الطبيعي ، ثم في الشخص المعنوي .

١ - الشخص الطبيعي :

٥٣٧- **النصوص القانونية :** نصت المادة ١٦٤ من القانون المدني

الجديد على ما يأتي :

١ - يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز .

٢ - ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز . ولم يكن هناك من هو مسؤول عنه . أوتعذر الحصول على تعويض من المسؤول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل . مراعيًا في ذلك مركز الخصوم (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المسادة ٢٣١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ١ - يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز ، حتى لو لم يكن أهلاً للتعاقد . ٢ - إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، وتعذر رجوع المصاب بالتعويض على من نبتت به الرقبة على هذا الشخص ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم . ٣ - إذا أحدث شخص ضرراً في وقت يفقد فيه التمييز ألزم بتعويض الضرر ، ما لم يثبت أنه كان قد فقد التمييز بغير خطأ منه . وفي لجنة المراجعة اقترحت تعديلات لفظية ، واقتراح أيضاً تعديل عبارة « تعذر الرجوع على المسؤول » بعبارة « تعذر الحصول على تعويض من المسؤول » حتى يتبين بوضوح أن التعذر ينصب على جواز الرجوع قانوناً وعلى إمكان الحصول على التعويض فعلاً . ونوقشت الفقرة الأخيرة من المادة ، ورؤي بعد المناقشة أن تحذف هذه الفقرة لعدم الحاجة إليها ، ولأنها لو أقررت لوجب البحث في الحالة التي يفقد الشخص التمييز فيها بغير خطأ منه فيما إذا كان هذا الشخص يبق مسؤولاً بقتضى الفقرة الثانية ، وقد برأت اللجنة أن المسؤولية تبقى في هذه الحالة ولكن كل ذلك يستفاد من تطبيق القواعد العامة فلا حاجة إلى هذه الفقرة الأخيرة . وقد أصبح نص المادة بعد هذه التعديلات كالآتي : « ١ - يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز ولو لم يكن هناك أهلاً للالتزام بالبعد . ٢ - ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولو لم يكن هناك من هو مسؤول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسؤول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعيًا في ذلك مركز الخصوم » . وأصبحت المادة ١٦٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة . =

٥٣٨- التمييز ضروري وهو في الوقت ذاته يكفي - عديم التمييز :

فالأصل إذن أن الشخص ، حتى يكون مسئولاً مسئولية تقصيرية ، يجب أن

== وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذف من الفقرة الأولى عبارة : « ولو لم يكن أهلاً للالتزام بالعقد » لأنها تزيد لا تقتضيه ضرورة (المؤلف : ويمكن القول بأن في هذا الحذف تحسناً للخلط بين الأهلية وركن الإدراك في الضرر) . ووافقت اللجنة على الفقرة الثانية ولو أن حكمها مخالف للقواعد المعمول بها ، وإنما تقتضي به العدالة ، وله سند من الشريعة الإسلامية . إذ جاء في المادة ٩١٦ من المجلة ما يأتي : « وإذا أُنْفِدَ من مال غيره فليزم الضمان من ماله ، فإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يساره ، ولا يضمن إليه » . ولما اعترض في اللجنة على التعبير « بتعويض عادل » أُجِبَّ على هذا الاعتراض بأن مبدأ مسئولية الذي عثر المميز مأخوذ من الشريعة الإسلامية ، وهو في الواقع مبدأ جديد على القانون المدني ، والتعويض العادل أريد به أن يكون أقل من التعويض العادي وأن تراعى فيه اعتبارات قد لا تراعى في التعويض العادي . فوافقت اللجنة على إبقاء التعبير كما هو . وأصبح رقم المادة ١٦٤ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٦ - ص ٣٦١) .

وفي القانون المدني القديم نصت المادة ٢١٢ من القانون المختلط على ما يأتي : « كل فعل مخالف للقانون يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر الناشئ عنه ، مالم يكن الفاعل غير مبرك لأفعاله ، سواء لعدم تمييزه بالنسبة لشيء أو لأي سبب آخر » .

أنظر أيضاً المادتين ٧٥ و ٧٦ من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة : « من قانون الالتزامات السويسري والمادتين ١٣٨ و ١٤٣ من قانون الالتزامات البولوني والمادة ١٢٢ الفقرتين الثانية والثالثة من القانون اللبناني .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « جعل التمييز مناطاً للأهلية (المؤلف : وقد بينا عدم الدقة في هذا القول) في المسئولية التقصيرية . فبني كان الشخص قادراً على تمييز الخير من الشر وجبت مساءلته عن خطئه ، فراجع الأمر في هذا الشأن ففكرة ذاتية أو شخصية بنات بها الحكم ولو وقع العمل الضار بعد فقد التمييز بصورة مؤقتة متى كان هذا الفقد راجعاً إلى خطأ الفاعل ، ويتمتع على عتد الضرر ، إزاء ذلك ، أن يقيم الدليل على أن زوال التمييز طرأ عليه بغير خطأ منه إذا أراد أن يدفع المسئولية عن نفسه . فالخطأ يفترض في هذه الحالة ، والضرر لا يأتي إلا في المرتبة الثانية من حيث تسلسل النتائج ووصول رباط السببية بها ، إذ هو ينجم عن فقد التمييز وهذا بدوره يترتب على الخطأ . وقد أورد التفتنان التونسي والمراكشي تطبيقاً لهذا الحكم فصا في المادتين ٩٣/١٠٢ على أن (حالة السكر لا ترفع المسئولية المدنية في الالتزامات الناشئة عن الخلع وأشباهها ، متى كانت هذه الحالة اختيارية . وترفع المسئولية إطلاقاً إذا كان السكر غير اختياري ، ويتم عبء الإثبات على عاتق المدعى عليه) . ويختلف عن ذلك حكم زوال التمييز بغير خطأ من أحدث الضرر ، إذ تستبدل تلك الفكرة الذاتية ففكرة موضوعية أو مادية . وإذا كانت المسئولية تظل قائمة بهذا القدر فهي مسئولية مخففة . وعلى هذا التحوّل تأثر المسئولية الموضوعية أو المادية ==

يكون مميزاً . والتمييز ضرورى . وهو فى الوقت ذاته يكتفى . أما أنه يكتفى فيظهر ذلك فى أن الصبي المميز يكون مسئولاً مسئولية تقصيرية كاملة دون حاجة إلى أن يكون قد بلغ سن الرشد . وأما أنه ضرورى فيظهر ذلك فى أن الشخص غير المميز لا يكون مسئولاً عن أعماله الضارة . لأن الإدراك ركن فى الخطأ . فلا خطأ من غير إدراك . وهذا الحكم ينطبق على كل شخص غير مميز . أياً كان السبب فى انعدام التمييز .

فالصبي غير المميز . وهو الذى لم يبلغ السابعة من عمره (١) . لا تصح مساءلته مساءلة تقصيرية . أما من بلغ السابعة فيفرض فيه التمييز وتصح مساءلته حتى يقوم الدليل على انعدام التمييز فيه لمرض عقلى أو لسبب عارض . كذلك المجنون (٢) لا تصح مساءلته (٣) . ويفرض فى المجنون استصحاب حالة الجنون ، إلا أن يقوم الدليل على أنه ارتكب العمل الضار وهو فى لحظة من لحظات الإفاقة (intervalles lucides) .

والمعتوه عنها كاملاً عديم التمييز فلا تصح مساءلته . أما المعتوه المميز فنجوز مساءلته حتى لو كان محجوراً لتوافر ركن الإدراك فيه .

أما ذو الغفلة والسفيه . ولو كانا محجورين . والأصم والأبكم والأعمى ، ولو تعين لواحد منهم مساعد قضائى طبقاً لأحكام المادة ١١٧ من القانون

== بالاعتذار على المسؤولية الشخصية أو الدانية دون أن تحمل عليها على وجه كامل . فلا تقرب مشولية من زال عنه التمييز إلا بتوافر شرطين : أولهما أن يتعرض عن المصاب الرجوع بالتعويض على من نيبت به الرقابة على من أحدث الضرر ، إما لعدم إقامة الدليل على مشوليته وإما لإعساره . والثانى أن يسمح مركز المحصوم للقاضى بأن يقرر للضرور تعويضاً عادلاً . فيجوز رفض الحكم بالتعويض إذن ، إذا لم يكن غير المميز قادراً على أدائه ، بل ويجوز عند الاختيار إلتقاص التعويض عدالة حتى يكون فى حدود سمته . ويراعى فى ذلك كله مركز الضرور نفسه من الناحية المادية وجبامة الخطأ (?) ومدى الضرر . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٧ — ص ٣٥٨) .

(١) نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٥ من القانون المدنى الجديد على أن « كل من لم يبلغ السابعة يعتبر ذقلاً للتمييز » .

(٢) أنظر فى مشولية المجنون : وينز (Wronz) مقال له فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٥ ص ٨٧ — نيچى (Neagui) رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ — ليو زونى (Linouzonu) رسالة من ديجون سنة ١٩٢٧ .

(٣) استئناف مختلط فى ١٧ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٤١ .

المدنى الجليل . وحجر مساء لهم جميعاً . لأنهم يدركون ما يصدر عنهم من أعمال ، ويميزون بين الخير والشر (١) .

وتنتفى المسؤولية حتى لو كان انعدام التمييز يرجع إلى سبب عارض يزول . كسوم نوبت مغتصباً والمصاب بمرض النوم والمدمن على السكر أو المخدرات والمصاب بالصرع ونحو ذلك . فتمتث أن الشخص الذى ارتكب العمل الضار كان فاقد الوعي أو منعدم التمييز وقت ارتكابه لهذا العدل . فإنه لا تصح مساءلته لأن ركن الإدراك غير قائم .

٥٣٩ - نطاق انعدام المسؤولية لانعدام التمييز : وانعدام المسؤولية

لانعدام التمييز ذو نطاق ضيق . إذ يجب لانعدام المسؤولية أن يكون الشخص قد انعدم فيه التمييز انعداماً تاماً بغير خطأ منه وأن يكون عديم التمييز هو المسئول وحده عن خطأ غير مفروض . ويتربط على ذلك ما يأتي :

(أولاً) ما سبق أن قدمناه من أن المعتوه المميز وذا الغفلة وغيرهما من ناقصي التمييز تصح مساءلهم لأن التمييز فيهم لم ينعدم انعداماً تاماً .

(ثانياً) إذا كان انعدام التمييز لسبب عارض ، كالخمر والمخدرات ونحو ذلك . فإن عديم التمييز لا تنتفى مسؤوليته إلا إذا كان سبب انعدام التمييز لا يرجع إلى خطأ منه . فإذا ثبت أن من فقد التمييز لسكر أو لمخدر كان يعلم أن السكر أو المخدر يفقده التمييز . فإنه يكون مسؤولاً عن عمله حتى لو ارتكبه وهو فاقد الوعي . وفاقد التمييز لسبب عارض هو الذى يحمل عبء الإثبات . فعليه أن يثبت أنه فقد التمييز بغير خطأ منه . ولا يكلف المضرور أن يثبت أن فقد التمييز كان خطأ من المسئول (٢) .

(١) استئناف مختلف في ٦ أبريل سنة ١٨٨٢ بوريللى م ٢١٣ رقم ١١

(٢) رأينا أن المشروع التمييزي تضمن نصاً يقضى بأن فاقد التمييز لسبب عارض هو الذى يثبت أنه كان قد فقد التمييز بغير خطأ منه . وقد حذف هذا النص في المشروع النهائي اكتفاء بتطبيق القواعد العامة . ونرى أن الأصل في المميز أنه إذا فقد التمييز لسكر أو مخدر يكون قد عرف ذلك في نفسه من قبل ، فإدما على السكر والمخدرات بعد خطأ منه ، إلا إذا أثبت أنه كان مضطراً أو أنه لم يهتد في نفسه من قبل أن يفقد الوعي . ويتربط على ذلك أن المصاب بمرض النوم أو بالصرع لا حاجة به أن يثبت أن فقد التمييز لم يكن خطأ منه ، فإن أمره واضح . وكثير من التقنيات الحديثة تقرر الحكم الذى تضمنه النص المحذوف من المشروع التمييزي : أنظر م ٩٣/١٠٢ من القانون التونسي والمراكشي والمادة ٥ من قانون الالتزامات السويسري والمادة ١٣٨ من قانون الالتزامات البولوني .

(ثالثاً) ويجب لانعدام المسؤولية أن يكون عديم التمييز في مكان المسئول . فإن كان في مكان المضرور . ونسب إليه إهمال ساعد على وقوع الضرر . فلا يرى القضاء المصري في بعض أحكامه أن يسقط هذا الإهمال من اعتباره عندما يزن المسؤولية ، بل يعتبر أن هذا الإهمال هو خطأ من المضرور عديم التمييز يستوجب تخفيف المسؤولية طبقاً لقواعد الخطأ المشترك (١) .

(رابعاً) ويجب أن يكون عديم التمييز في مكان المسئول وحده . فإذا وجد مسئول عنه كالأب أو المعلم أو نحو ذلك (٢) . فلا بد من نسبة الخطأ إلى عديم التمييز حتى تتحقق بذلك مسؤولية المسئول عنه . ويكون هذا مسئولاً عن خطأ الغير لا عن خطئه الشخصي . وسيأتي بيان ذلك بتفصيل أوفى .

(خامساً) ويجب أخيراً ألا تكون مسؤولية عديم التمييز قائمة على خطأ مفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس . فإن كان عديم التمييز مسئولاً عن تابعه أو عن أنبياء في حراسته كحيوان أو آلة ميكانيكية . وأخذنا بالرأي الذي يقول إن المسؤولية في هذه الحالة تقوم على خطأ مفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس . فإن الخطأ المفروض يكون قائماً في جانب عديم التمييز . ولا ينفيه انعدام تمييزه . مثل ذلك الصغير غير المسيء يكون مسئولاً عن هم في خدمته

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان هناك خطأ مشترك من سائق السيارة وهو يسير بسرعة ومن جهة الشمال ومن المضرور وهو طفل صغير سنة ست سنوات وقد تركه أبوه في الشارع فدفعته السيارة ، فإن مسؤولية السائق (ومحذومه) تنزل إلى النصف باعتبار أن هناك خطأ مشتركاً من السائق ومن والد الطفل الذي ترك طفله في الشارع (استئناف مختلط في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢٨ — وانظر أيضاً استئناف مختلط في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٧٤ — وفي ٥ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٦٦) . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا تبين أن حادثة ما ترجع إلى خطأ مشترك بين سائق الترام والمصاب ، وكان المصاب المنسوب إليه الخطأ صبياً غير مميز ، فإن شركة الترام وسائقها بالأن متضامين قبل المصاب (الطفل) عن التمييز كاملاً ، ولا تخفف من مسؤوليتهما ما هو منسوب للصغير من الخطأ ، لأن الخطأ لا تصح نسبته له . ولا شركة إذا شاعت أن ترجع على والد الصغير بمقتضى قواعد التضامن (استئناف مختلط في ٢٤ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٦٦) . انظر في نقد هذا الحكم الأخير مصطفى مرعى بك في المسؤولية المدنية فقرة ٦١ . ونرى أن عمل الدامل إذا لم يعتبر خطأ فهو على كل حال عمل مادي يجب مراعاته عند تقدير خطأ المسئول .

(٢) وهذا هو الغالب ، لأن عديم التمييز يكون عادة في كفالة شخص يراقبه ويكون مسئولاً عنه . ومن ثم تلزم في العمل حدة انتفاء المسؤولية عند انعدام التمييز .

مسئولية المتبوع عن التابع ، وقد فرض الخطأ في جانبه ولو أنه عديم التمييز (١) .

٥٤٠ - مسؤولية عديم التمييز في حالات استثنائية : ثم إن القانون

الحديد قد تدارك ما قد ينجم من ضرر من وراء انتفاء المسؤولية لانعدام التمييز حتى في هذا النطاق الضيق الذي رسمنا حدوده فيما تقدم . فمقتضى في الفقرة الثانية من المادة ١٦٤ بأنه «إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل . مراعيًا في ذلك مركز الخصوم » .

ونبادر إلى القول بأن مسؤولية عديم التمييز هنا لا يمكن أن تكون مبنية على خطأ . فالخطأ كما قلنا ركنه الإدراك ، وعديم التمييز لا إدراك عنده . وإنما تقوم المسؤولية في هذه الحالة على تحمل التبعة . فالشخص غير المميز ، بالشروط التي وردت في النص ، يتحمل تبعة ما يحدثه من ضرر . ولذلك جاءت مسئوليته مشروطة ومخففة .

فهى أولا مسؤولية مشروطة . وشرطها ألا يجد المضرور سبيلا للحصول على التعويض من شخص آخر غير عديم التمييز . والغالب أن يكون عديم التمييز موكولا إلى رقابة شخص يكفله . فالصغير غير المميز يكون عادة في كفالة أبيه أو جده أو أمه أو أحد من أقاربه . والمجنون يكون في كفالة أحد من هؤلاء أو في كفالة أحد المستشفيات المعدة لعلاج الأمراض العقلية . فالمعهود إليه

(١) وقد قضت محكمة النقض بما يأتي : «حيث إن المادة ١٥٢ من القانون المدنى (القديم) ، إذ نصت بعقبة مطلقة على أنه يلزم السيد بتعويض الضرر الناشئ للغير عن أفعال خدمته متى كان واقعاً منهم في حال تأدية وظائفهم ، قد أفادت أنه لا يجب ثبوت أى تقصير أو إهمال من جانب المتبوع الذى يلزم بالتعويض ، بل يكفى لتطبيقها أن يقع الخطأ المنتج للضرر من التابع أثناء تأدية وظيفته ، فتصح إذن مساءلة القاصر بناء عليها عن تعويض الضرر الذى ينشأ من أعماله خلمه الذين عينهم له وليه أو وليه أثناء تأدية أعمالهم لديه . ولا يحق للمساءلة في هذه الحالة أن يرد على ذلك بأنه هو بسبب عدم تمييزه لصغر سنه لا يمكن أن يتصور أى خطأ في حقه ، إذ المسؤولية هنا ليست عن فعل وقع من القاصر فيكون للانزواك والتمييز حساب . وإنما هي عن فعل وقع من خادمه أثناء تأدية أعماله في خدمته » . (نقض جنائى في ٢٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة عمر للأحكام الجنائية • رقم ٤١١ ص ١٦٥ — مصطفى مرعى بك في المسؤولية المدنية فقرة ٦١ مكررة) .

بالرقابة على غير المميز هو المسئول عما يحدثه غير المميز من ضرر كما سرى. فإن وجد. كان هو المسئول وحده نحو المضرور. ورجع المضرور عليه بالتعويض كاملاً. أما إذا لم يوجد. أو وجد ولكنه استطاع أن يبنى الخطأ عن نفسه إذ هو خطأ قابل للإثبات العكس كما سيأتي. أو لم يستطع نفي الخطأ ولكنه كان معسراً لم يستطع المضرور أن يحصل منه على التعويض. فعند ذلك يرجع المضرور بالتعويض على عديم التمييز نفسه.

ومسئولية عديم التمييز في هذه الحالة مسئولية مخففة. فهو لا يكون مسئولاً حتماً عن تعويض ما أحدثه من الضرر تعويضاً كاملاً. ذلك لأن مسئوليته لا تقوم على خطأ كما قدمنا. بل على تحمل التبعة. فالقانون لا يجعله التبعة عن أعماله الضارة إلا في حدود عادلة. وأهم ما يراعيه القاضي في تقدير التعويض هو مركز المحصوم من الغنى والفقر. فهو يقضى بتعويض كامل إذا كان عديم التمييز موفور الثراء وكان المضرور فقيراً معدماً وأصيب بضرر جسيم بسبب العمل الذي صدر من عديم التمييز. وهو يقضى ببعض التعويض إذا كان عديم التمييز ميسر العيش من غير وفرة وكان المضرور في حاجة إلى التعويض، ويجب على القاضي في هذه الحالة أن يترك لعديم التمييز من ماله مورداً كافياً للنفقة على نفسه وعلى من يجب عليه نفقتهم. وقد لا يقضى بتعويض أصلاً - لأن الحكم بالتعويض في الحالة التي نحن بصددنا جوازي لا وجوبي - إذا كان عديم التمييز فقيراً لا مال عنده، وبخاصة إذا كان المضرور في سعة من العيش. ويكون كذلك محل اعتبار في تقدير التعويض مقدار ما بذله المضرور من العناية لتوقي الضرر الذي أصابه من عديم التمييز، فإن تعريض المضرور نفسه في غير حيلة لما عسى أن ينزل به من جراء عبث شخص لا تمييز عنده يعد خطأ منه قد يستغرق في بعض الحالات ما أناه عديم التمييز. ولا عبرة بجسامة ما صدر من عديم التمييز من عمل، فهو فاقد الإدراك ويستوى أن يصدر عنه الجسيم وغير الجسيم (١). ولكن جسامة الضرر قد تكون محل اعتبار في تقدير التعويض، فإن كان الضرر جسماً بدا التعويض عنه أكثر

(١) هرون ما ذكر خطأ في المذكرة الإيضاحية من مراعاة جسامة الخطأ (أنظر آها فرة

٥٣٢ في الهامش). وانظر في الاعتبارات التي يراعيها القاضي في تقدير التعويض المادة ١٣١٠ من القانون النجاشي، وهي تذكر خطأ النشول وإهمال المضرور في ذره الخطر عنه وخطأه.

عدلا وأعلى قيمة . ويسترشد القاضي بوجه عام بجميع الظروف التي تلائم القضية يستعين بها على تقدير التعويض العادل .

والقانون المدني الجديد . في استحداثه لهذه المسؤولية الخاصة التي لم يكن القانون المدني القديم يعرفها (١) . قد جرى في ذلك كثيراً من التعديلات الحديثة (٢) .

ب - الشخص المعنوي

٥٤١ - مبراز مساواة الشخص المعنوي : المبدأ الذي استقر عليه القضاء

والفقه في مصر هو جواز مساواة الشخص المعنوي عن الأخطاء التي يرتكبها ممثلوه عند القيام بإدارة شؤونه . ولم يقع تردد في هذا المبدأ . وإذا كانت المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي بصعب التسليم بها لصعوبة تصور عقوبة جنائية تنزل بالشخص المعنوي إلا فيما يتعلق بالغرامة واصادة وإخل ، فإن المسؤولية المدنية يسهل التسليم بها . فإنها تقع في مال الشخص المعنوي . والأمثلة كثيرة على الأخطاء التي يرتكبها ممثلو الشخص المعنوي . فيصبح هذا مسئولاً عنها : مدير شركة يفصل عاملاً في وقت غير لائق فتكون الشركة مسئولة عن هذا غصب . سائق قطار يدهس أحد المارة بإهماله فتكون مصلحة السكك الحديدية مسئولة عن إهمال السائق . عامل البريد يضع رسالة

(١) ولما كان النص الذي يقرر هذه المسؤولية قد استحدثه القانون المدني الجديد ، فليس له أثر رجعي . والعبرة باليوم الذي وقع فيه العمل الضار ، فإن كان قبل يوم نفاذ القانون الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) فالقانون القديم هو الذي يسرى ولا مسؤولية على عدم التمييز ، وإلا فإن القانون الجديد هو الذي يسرى وتحقق مسؤولية عدم التمييز المخففة .

(٢) أنظر للمادتين ٧٥ و ٧٦ من المشروع الفرنسي الإصطال والسادة ٨٢٩ من القانون الألماني والمادة ١٣١٠ من القانون النمساوي والمادة ٥٤ من قانون الالتزامات الويسري والمادة ١٢٢ من القانون اللبناني والمادة ٤٠٦ من القانون السوري والمادة ١٨٧ من القانون الصيني والمادة ٢٣٧٧ من القانون البرتغالي والمادة ٢٠٤٧ من القانون الإيطالي الجديد وقانون ١٦ أبريل سنة ١٩٣٥ في بلجيكا .

وفي الفقه الإسلامي إذا كان الإنفاق مباشراً لا يشترط فيه التمدد أو العمدى وحتى أن مثلاً اليوم ولد لو أقبل على مال إنسان فأغلقه يلزم الضمان ، وكذا المجهنون الذين لا يعقل إذا مرق ثوب إنسان يلزمه الضمان : الهندية (الموجز في النظرية العامة للالتزامات للمؤلف ص ٣٢٧ هامش رقم ١) .

عهد إليه بتسليمها إلى صاحبها فتكون مصلحة البريد مسئولة عن العامل (١).

ولما كان الشخص المعنوي يختلف عن الشخص الطبيعي في أنه لا يمكن أن ينسب له التمييز . فإن كثيراً من الأحكام تحمل مسؤولية الشخص المعنوي عن أعمال مثليه هي مسؤولية المتنوع عن التابع . فتصل بذلك إلى تقرير المسؤولية بالنظام بين الشخص المعنوي ومثليه .

على أن هناك أحوالاً يصعب فيها الوصول إلى مسألة الشخص المعنوي عن هذا الطريق غير المباشر . فقد يحدث أن الخطأ الذي يوجب المساءلة يكون قراراً صادراً من إحدى هيئات الشخص المعنوي (مجلس إدارة الشركة أو جمعية العامة مثلاً) . فلا بد إذن من نسبة الخطأ مباشرة إلى الشخص المعنوي ذاته . كذلك قد يكون الخطأ بحيث لا تجوز نسبته إلا إلى الشخص المعنوي . كما إذا قضيت شركة مافسة تجارية غير شريفة أو لتقايد مزور (٢).

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المحمدية في أحكام كثيرة بمسؤولية الشركات عن أعمال ممثليها ، وذلك كمشركات السكك الحديدية (استئناف مختلط في ٢٨ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٥٥ - وفي ٧ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٣٧) ، وشركات الترام (استئناف مختلط في ١٩ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٧٠) ، وشركات الملاحة (استئناف مختلط في أول أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢١) ، وشركات البناء والنور والغاز (استئناف مختلط في ١٤ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٥٧) .

والوقت يعتبر شخصاً معنوياً وناظر الوقت هو الممثل له ، فيكون الوقت مسئولاً عن أخطاء ناظره . وقد قضت محكمة النقض بأن الوقت بأحكامه المقررة في الفقه الإسلامي هو في فقه القانون المدني شخص اعتباري تكاملت فيه مقومات الشخصية القانونية . والشخص الاعتباري كما أن له وجوداً افترضه القانون له إرادة مفترضة هي إرادة الشخص الطبيعي الذي يتخله . وأخيراً الذي يقع من مثله بصفته هذه يعتبر بالنسبة إلى الغير الذي أصابه الضرر خطأً من الشخص الاعتباري . ولحكم الذي يترتب المسؤولية على جهة الوقت عن خطأ وقع من الناظر عملاً بإرادة ١٥١ من القانون المدني (القديم) لا يكون معطفاً (نفس مدني في ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٧ ص ٥٦٥) . على أن محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت بأنه لا يكون الوقت مسئولاً عن خطأ الناظر إذا لم يكن مبنياً من قبل المستعقبين لأن الناظر في هذه الحالة لا يكون تابعاً للوقت (استئناف مختلط في ١٩ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٦ - وانظر أيضاً استئناف مختلط في ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية للحاكم المختلطة ص ٨٣) . وسنرى أنه يمكن مساءلة الشخص المعنوي مباشرة لا باعتباره متبوعاً ، وعلى هذا الوجه نقطع المجعة التي وردت في الحكم من أن ناظر الوقت إذا لم يبينه المستحقون لا يكون تابعاً للوقت .

(٢) بلانيون وريبير وبولانغيه ٢ فقرة ٩٧٣ .

ففي مثل هذه الأحوال تكون مسئولية الشخص المعنوى مسئولية عن عمل شخصي ، لا مسئولية المتبوع عن تابعه . ولا بد حينئذ من الاقتصار على ركن التعدي في الخطأ دون ركن التمييز . ويكفي لتحديد ما إذا كان الشخص المعنوى قد أخطأ أن يقاس تصرفه إلى تصرف شخص معنوى مجرد في الظروف الخارجية التي تصرف فيها ، فإذا انخرط عن هذا المقياس المادى . كان هناك خطأ . وتحققت المسئولية (١) .

٥٤٢ - مسألة الشخص المعنوى العام (٢) : وقد يكون الشخص

المعنوى المراد مساءلته هو الدولة ذاتها أو شخص معنوى عام كمجلس من مجالس المديرية أو المجالس البلدية أو غيره من الأشخاص العامة . وتحقق مسئولية الشخص المعنوى في مصر على النحو الذى تتحقق به مسئولية الأفراد والهيئات الخاصة . وقواعد المسئولية التقصيرية واحدة للفرقتين . ذلك أن الأقضية التي تقوم على هذه المسئولية بالنسبة إليهما معاً تدخل في اختصاص القضاء العادى ، ولم يمتد حتى اليوم اختصاص محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة إلى مسئولية السلطات العامة عن أفعالها المادية ، ولا يزال هذا الاختصاص مقصوراً على المسئولية عن القرارات الإدارية . والقضاء العادى في مصر يطبق على مسئولية الدولة والسلطات العامة قواعد المسئولية التقصيرية التي يطبقها على الأفراد والهيئات الخاصة . وقد وصل في بعض الحالات إلى جعل الدولة مسئولة عن الخطأ مسئولية شخصية لا مسئولية المتبوع عن التابع (٣) .

(١) بلانول وريير وبولانجي ٢ فقرة ٩٧٢ — فقرة ٩٧٣ — كولان وكايتيان ٢ فقرة ٣١٤ .

(٢) أنظر في مسئولية السلطات العامة : دوز (Droz) في مسئولية السلطة العامة — تيرار (Tirard) رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ — ديير (Debeyro) رسالة من ليل سنة ١٩٣٦ — كليار (Colliard) رسالة من إكس سنة ١٩٣٨ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بمسئولية الدولة عن الخطأ الذي ترتكبه في أعمال الرى (استئناف مختلط في ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٧٤ — وفي ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣١٥ — وفي ١٧ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٢٨) ، وفي أعمال الطرق والنظم (استئناف مختلط في ١٠ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٢٧ — وفي ٢٢ مارس =

أما في فرنسا فمجلس الدولة هو صاحب الولاية العامة في جميع المنازعات الإدارية . فدخل في اختصاصه النظر في مسؤولية الدولة مسؤولية تفصيلية . وأخذت قواعد هذه المسؤولية تتحول بالتدريج عندما تغير ميدان تطبيقها من النطاق المدني الخاص إلى النطاق الإداري العام . وقد كان مجلس الدولة الفرنسي يادى الأمر بضيق من مسؤولية الدولة عندما كان يتطلب خطأ على قدر معين من الجسامة لمسألة الدولة . وعندما كان يفرق بين الخطأ الشخصي والخطأ المصالحى . ثم انتهى إلى التوسع في هذه المسؤولية عندما ترك المادى المدنية ووضع مبادئ إدارية خاصة ، فجعل الدولة مسؤولة عن الخطأ في سير العمل الإدارى (faute du service) لا في الخطأ المصالحى (faute de service) فحسب . ووصل بهذه المسؤولية في بعض الحالات إلى حد جعل الدولة مسؤولة عن تبعات الأعمال التى تولد أخطارا جسيمة كالأشغال العامة (travaux publics) . فبنى المسؤولية في هذه الحالات على مبدأ تحمل التبعة (risque) .

٥٤٣- رقابة محكمة النقض على ركن الخطأ : ومحكمة النقض الرقابة

على قيام ركن الخطأ في المسؤولية التفصيلية . وإذا كان التعدى كعمل مادى يعتبر من مسائل الواقع . إلا أن وصفه القانونى بأنه تعد لأنه انحراف عن المألوف من سلوك الشخص العادى يعتبر من مسائل القانون . كذلك انتفاء المسؤولية في حالة الدفاع الشرعى وتنفيذ أمر الرئيس وحالة الضرورة ، واشتراط التمييز لقيام الخطأ . والحدود التى يسأل فيها عديم التمييز ، كل هذا يعتبر من مسائل القانون ويخضع لرقابة محكمة النقض (١) .

== سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧٧ - وفي ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٦ م ٢٨ ص ١٢٧ ، وفي أعمال البوليس والأمن (استئناف مختلط في ٢٥ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٦٣ - وفي ٤ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧ - وفي ١١ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٢٠) ، وفي أعمال الجرم (استئناف مختلط في ١٨ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٩٢ - وفي ٢١ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٧٩ - وفي ٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٣٠) . وقضت كذلك بمسؤولية المجالس البلدية (استئناف مختلط في ٤ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٩٤) . (١) وقد قضت محكمة النقض بأن تحقيق حصول الفعل أو الترك أو عدم حصوله هو من الأمور الواقعية التى تدخل في سلطة قاضى الموضوع ، ولا مقب على تقديره . أما ارتباط الفعل أو الترك بالضرر الناشئ ارتباط السبب بالسبب والمعلول بالعللة ، وكذلك وصف ذلك ==

المطلب الثاني

تطبيقات مختلفة لفكرة الخطأ

٥٤٤ - التمييز بين الخروج عن الحق والتعسف في استعمال الحق

قدمنا أن الخطأ هو انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي . ويجب هنا أن نوجه النظر إلى تمييز جوهرى لا يلتفت إليه في العادة ، مع أنه في نظرنا هو الذى يضع نظرية التعسف في استعمال الحق في مكانها الصحيح .

ذلك أن الانحراف في السلوك قد يقع من الشخص وهو يأبى رخصة . وقد يقع منه وهو يستعمل حقاً . وليس هنا مجال الإفاضة في التمييز ما بين الرخصة والحق . ونحسبنا أن نقول إن الرخصة هي حرية مباحة في التصرف ، كالسير والتعاقد والتقاضى والكتابة والنشر ونحو ذلك من الحريات العامة التى كفلتها الدساتير للأفراد . أما الحق فهو مصلحة معينة مرسومة الحدود يحميها القانون . فالملكية حق ، والملك رخصة . ذلك أن القانون كفل للجميع الناس الحرية في أن يملكوا طبقاً للقواعد التى قررها في أسباب الملك ، ومن ثم فانتلك رخصة . فإذا ما كسب الشخص ملكية شيء معين بسبب من أسباب الملك ، انتقل من الرخصة إلى الحق ، وأصبحت له مصلحة معينة مرسومة الحدود هي حق الملكية على هذا الشيء المعين الذى ملكه ، وهي مصلحة يحميها القانون (١) .

= الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ ، فهما كلاهما من المسائل القانونية التى يخضع في حلها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض (قضى مدنى في ١١ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٤ ص ٢١٩) أنظر أيضاً الدكتور سليمان مرقس في الفعل الصادر ٥٤ - ص ٥٥ - ملائبول وريبير وبولانجيه ققرة ٩٥٦ وقره ٩٦٧ .

(١) وكان المشروع التمهيدي لقانون المدنى الجديد يشتمل على نص ، هو المادة ٥ من هذا المشروع ، يقضى بما يأتى : « الحقوق المدنية نوعان : حقوق محددة يكسبها الشخص ويختص بها دون غيره ، ورخص قانونية أو حقوق عامة يعترف بها القانون للناس كافة . وورد بالذكر الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتى : « تفرق المادة ٥ من المشروع بين الحق والرخصة . وهى بذلك تمهد للأحكام المتعلقة بالتعسف في استعمال الحق . فالتعسف يرد على استعمال الحقوق وحدها . أما الرخص فلا حاجة إلى فكرة التعسف في ترتيب مسئولية من يأتسرها عن الضرر الذى يلحق الغير من جراء ذلك . وبعبارة أخرى في هذا الصدد كل مكتة تثبت لشخص من الأشخاص على سبيل التخصيص والإفراد كحق الشخص في ملكية عين من =

وللرجل العادى فى سلوكه المألوف إذا أتى رخصة يلتزم قدرأ من الحيلة والتبصر واليقظة حتى لا يضر بالغير . وإذا استعمل حقأ فإنه لا يجاوز الحدود المرسومة لهذا الحق . فإذا ما انحرف شخص وهو يأتى رخصة - مثلى أو تعاقد أو تقاضى أو كتب أو نشر - عن هذا السلوك المألوف من الرجل العادى ، فمثلى بسيارته ولم يلتزم اليقظة اللازمة فدهس أحد المارة . أو تعاقد مع أحد الفنين الموظفين فى مصنع منافس وحمله بذلك على أن يخل بالتزاماته نحو مصنعه ، أو تقاضى فتككب سبيل الاعتدال وأمعن فى الإصرار بخصمه باستعمال إجراءات التقاضى فى غير ما وضعت له للدأ فى الخصومة . أو كتب فأمشى سراً من أسرار المهنة كان لا يجوز له إفشاؤه . أو نشر فقدف شخصأ ، كان كل هذا خطأ يحقق مسئوليته . كذلك إذا استعمل حقأ معينأ - حق ملكية أو حق ارتفاق أو حق رهن أو حق دين - فجاوز الحدود المرسومة للحق الذى يستعمله . بأن بنى فى ملكه مجاوزأ حدود هذا الملك . أو فتح المظل فى المسافة الممنوعة قانونأ . أو قيد الرهن بأكثر من الدين . أو تقاضى فيما له من الدين فوائد أكثر مما يبيحه القانون ، كان كل هذا أيضاً خطأ يحقق مسئوليته .

وقد كان رجال الفقه فى القرن الماضى يرون تقييد الرخصة ولا يرون تقييد الحق . فيشترطون فى إتيان الرخصة ألا ينحرف الشخص عن السلوك المألوف للرجل العادى . أما الحق فلا يشترطون فى استعماله إلا عدم مجاوزة حدوده . فكان الخطأ فى نظرهم هو انحراف عن السلوك فى إتيان الرخصة أو مجاوزة الحدود فى استعمال الحق . أما إذا استعمل الشخص حقأ ولم يجاوز الحدود المرسومة لهذا الحق ، فإنه لا يخطئ ولو أضر بالغير . ومن ثم كان استعمال الحق مبرهونأ بمدى حدوده . فإن جاوزها صاحب

= الانقياد أو حقه فى امتضاء دين من الديون ... أما ما عدا ذلك من المكات التى يترتب بها القائل للناس كافة دون أن تكون علأ لاحتصاص الحاجز فرخص أو إباحات كالمرىبات النامة رما إليها . وهذه الرخص أو الإباحات لا حاجة لى فكرة التصف فيها لتأمين الغير ما ينجم من ضرر عن استعمال الناس لها لأن أحكام المشولية المدنية تكفل بذلك على خير وجه . وقد حققت لجنة المراجعة - هذا النص فى المشروع التهاى لعدم الحاجة إليه (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٠١ فى المامش) -

الحق كان هذا خروجاً عن الحق . وهو خطأ يحقق مسئوليته . وإن التزمها فلا تتحقق مسئولته . حتى لو انحرف في استعمال الحق عن السلوك المألوف للشخص العادى فأضر بالغير .

فلا يشترط إذن في استعمال الحق عند رجال الفقه القديم إلا عدم مجاورة الحدود التى وضعت له . وما دام صاحب الحق داخل هذه الحدود فلا يرتكب خطأ مهما أضر بالغير ، ومهما كان مهملاً أو كان سيئ النية . وهذه الصورة هى التى نظر فيها رجال الفقه الحديث . ورأوا أخلاقاً للفقه فى الماضى أن المسئولية فيها يجب أن تتحقق . وأطلقوا عايباً اسامعروفاً هو «التعسف فى استعمال الحق» (abus du droit) .

ومن ثم أصبح للخطأ صورتان : صورته الأولى وهى الخروج عن حدود الرخصة أو عن حدود الحق ، وصورته الجديدة وهى التعسف فى استعمال الحق . ونتناول كلا من الصورتين فى تطبيقاتها المختلفة .

١٤ - الخروج عن حدود الرخصة أو عن حدود الحق

٥٤٥ - من قاعدة عامة واحدة إلى حالات متعددة : رأينا أن هناك

قاعدة عامة تقضى بأن كل خطأ يسبب ضرراً يوجب التعويض . وهذه هى السياسة التشريعية التى جرت عايباً التقنينات اللاتينية . فهى لا تورد تطبيقات تفصيلية للخطأ ، بل تقتصر على وضع قاعدة عامة على النحو الذى أسلفناه . أما القوانين الأنجلوسكسونية والجرمانية فلأنها تعتمد على التفصيل ، وتتفاوت فى إيراد الحالات التفصيلية للخطأ (١) . ومن المعروف فى القانون الإنجليزى أنه

(١) وكذلك الفقه الإسلامى لا يضع قاعدة عامة ، وإنما يورد حالات تفصيلية . وهناك حالتان رئيسيتان يوجب فيهما الضمان فيما لم يضر بهما الضرر الذى يقع على المال ، وهما النصب والإتلاف . فالنصب هو أخذ مال متقوم مخم ، بلا إذن من له الإذن ، على وجه يزيل يده ، بفعل فى العين . ويجب على الناصب رد المقتسوب لو كان قائماً فى مكان غضبه ، أو رد قيمته لو هلك حتى لو كان الهلاك بقوة قاهرة . والإتلاف قد يكون مباشرة أو نسبياً . فالإتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء بالذات ، من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر ، والإتلاف نسبياً يكون بعمل يقع على شيء ، فيفضى إلى تلف شيء آخر . فنقطع حبل قنديل معلق سبباً مقضياً لقطعه على الأرض وانكساره ، ويكون حينئذ قد أتلف الحبل مباشرة ، وكسر القنديل نسبياً . والقاعدة أن المباشر ضامن وإن لم يمتد ، والمتسبب غير ضامن إلا إذا كان متعمداً أو متعدياً =

لا يشتمل على قاعدة عامة في الخطأ . بل يحوى أنواعاً مختلفة من الخطأ يورد لكل نوع منها حكمه . ومن ثم سمي هذا القسم من قانون الإنجليزى ، لا بقانون الخطأ (Law of tort) . بل بقانون الأخطاء (Law of torts) .

على أن الفرق ليس بأكبر كما يظهر لأول وهنة ما بين القوانين اللاتينية وبين القوانين الإنجليزى والجرمانية . فالثانية تعدد حالات الخطأ . ولكن يمكن أن يستخلص من هذه الحالات قاعدة عامة تتناول الخطأ في ذاته وتحدد أركانه . أما الأولى فتبدأ بهذه القاعدة العامة . ولكنها تنهى في تطبيقها القضايا إلى حالات في الخطأ تعددها المحاكم حالة حالة وتبين خصائص كل حالة منها . فهناك إذن ضوائف من الجرائم المدنية واضحة المعالم بين الحدود : شبيهة بالجرائم الجنائية التي يعدها قانون العقوبات .

وها نحن . على سبيل المثال ، نتناول في إيجاز ، بعض هذه الحالات على النحو الذى انتهى إليه فيها قضاء المحاكم .

٥٤٦ - حوادث النقل والسيارات والسكك الحديدية وغيرها من وسائل

النقل : من الميادين التي يتسع فيها المجال لوقوع الخطأ حوادث النقل . فقد زادت أخطار النقل بقدر ما تعدد من وسائله وما امتد من نشاطه . ويقع كل

(= بجمع الضمانات ص ١٤٦) — أما الضرر الذى يقع على الجسم فتدخل فيه فكرة العقوبة الجنائية مع التعويض المدنى . وجزاؤه الدية والأرض وحكومة العدل . أما الدية فتجب في القتل غير العمد (أما القتل العمد فيجب فيه القصاص وهو عقوبة خاصة لا تعويض مدنى) وفي الحناية على ما دون النفس عن غير عمد على عضو يمكن فيه المائلة . والأرض جزء من الدية ، فإذا تعدد العضو الذى يمكن فيه المائلة ، وأصيب بعض منه ، فالدية تجب بنسبة ما أصيب ، وتسمى في هذه الحالة أرضاً ، فيجب نصف الدية في العين الواحدة وزرعها في أحد أشجار البين الأربعة وهكذا . وحكومة العدل تكون فيما لا يجب فيه قصاص أو دية أو أرض ، أى في الحناية على ما لا يمكن فيه المائلة ، عمداً كان ذلك أو غير عمد . ويترك تقدير الجزاء للقاضى ، وهذا معنى حكومة العدل (الباب ٧ ص ٢٣٣ وما بعدها) . ويستخلص من ذلك أن حكومة العدل ، وهى أكثر مرونة من القصاص والدية والأرض ، تكاد تضع مبدأ عاماً في الشريعة الإسلامية يقضى بأن العمل الضار الذى يصيب النفس فيما لا يمكن فيه المائلة (ويدخل في هذا أكثر الجراح والشجاج) عمداً كان أو غير عمد ، يوجب التعويض حسب تقدير القاضى . وهذا المبدأ يكمل المبدأ الآخر الذى يستخلص من قواعد النصب والإنلاف وهو متعلق بالعمل الضار الذى يصيب المال . (أنظر في كل ذلك نظرية المد لل مؤلف فقرة ٦٦) .

يوم من حوادث النقل ما يوجب المسؤولية . وهى حوادث متنوعة تنجم عن وسائل النقل المختلفة : من الدواب إلى المركبات إلى السيارات إلى السفن إلى الطائرات ، وفى البر والبحر والجو .

والنقل قد يكون بأجر أو بغير أجر . والنقل بأجر قد يكون نقلاً للأشياء أو نقلاً للأشخاص . وفى نقل الأشياء يلتزم عامل النقل بنقل ما عهد إليه فى نقله سائماً إلى المقر المتفق عليه ، فإذا تلف فى أثناء النقل كان عامل النقل مسئولاً . والمسئولية هنا مسئولية عقدية لقيامها على التزام يترتب على عقد النقل ، فلا يستطيع عامل النقل أن يتخلص من المسئولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي . وتجب المسئولية العقدية فى رأينا المسئولية التقصيرية . فلا خيرة بين المسئوليتين . وفى نقل الأشخاص لم يكن القضاء الفرنسى فى بادىء الأمر يربط مسئولية عقدية . ثم انتهى إلى أن يستخلص من عقد النقل التزاماً بضمان سلامة الراكب ، وأصبح عامل النقل ملزماً بموجب العقد أن يصل بالراكب إلى المقر المتفق عليه سائماً معافى . والالتزام بضمان السلامة فى نقل الأشخاص ، كما هو فى نقل الأشياء ، التزم بتحقيق غاية . فإذا أصاب الراكب ضرر بسبب النقل كان عامل النقل مسئولاً مسئولية عقدية لا يستطيع الخلاص منها إلا بإثبات السبب الأجنبي (١) .

وقد يكون النقل بغير أجر (transport bénévole, gratuit) ، كأن يستصحب شخص صديقاً له فى سيارته فى نزهة أو إلى مكان معلوم ، فإذا أصيب الصديق بحادث من جراء ركوب السيارة ، فهل يكون صاحب السيارة مسئولاً . وعلى أى أساس تقوم مسئوليته ؟ نرى أن النقل فى هذه الحالة ليس بعقد ، لأن الطرفين لم يقصدا أن يرتبطا ارتباطاً قانونياً ، وقد تقدم ذكر ذلك . فستبعد إذن المسئولية العقدية (٢) . ولا تبقى إلا المسئولية التقصيرية . وهنا تنفتح أمامنا طرق ثلاثة : هل تكون هذه المسئولية هى مسئولية حارس الأشياء ، فيعتبر صاحب السيارة وهو الحارس لها مسئولاً

(١) أنظر فى هذا الموضوع ما زو ١ فقرة ١٥٢ - فقرة ١٥٣ - بلانيل وريبير وبولانجيه ، فقرة ٩٦٠ .

(٢) أنظر عكس ذلك لالو فقرة ١٨٧ من ١٢٢ . وهو ينزل بالمسئولية العقدية فى النقل المحلى .

نحو صديقه عن الضرر الذى أصابه حتى يقدم الدليل على السبب الأجنبي؟ (١) أو تستبعد المسؤولية على أساس الحراسة وتبقى فى دائرة المسؤولية القائمة على خطأ واجب الإثبات ، ونقول إن الصديق المضرور يجب أن يثبت خطأ فى جانب صديقه صاحب السيارة ؟ وإذا قلنا بذلك ، فأى نوع من الخطأ يجب أن يثبت ؟ هل يجب أن يثبت خطأ جسيماً باعتبار أنه رضى بإخلاء مسؤولية صديقه بعد أن تبرع هذا ببقائه . فلا يكون صاحب السيارة مسؤولاً إلا عن الخطأ الجسيم ؟ (٢) أو يكفي أن يثبت خطأ يسيراً طبقاً للقواعد العامة فى المسؤولية التصريفة ؟ (٣) أما المسؤولية على أساس الحراسة فيجب استبعادها ،

(١) أنظر من هذا الرأى جوسران فى تعليقه فى دالوز ١٩٢٧ - ١ - ١٣٧ - يسون ص ١٦٠ .

(٢) أنظر من هذا الرأى ريكول (Ricol) فى تعليقه فى دالوز ١٩٢٦ - ٢ - ١٢١ - وروجيه (Roger) فى تعليقه فى دالوز ١٩٣٥ - ١ - ٣٨ . ويتبرع القضاء المصرى إلى هذا الرأى . فقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن الصديق الذى يستلم قيادة صديقه المتبرع بها على طول مسافة الطريق يعتبر أنه على اتفاق معه فيما يتجه من أساليب القيادة وأنه موثق من حذقه ومهارته ، وكلاهما يكون مسهلاً للخطر بدرجة واحدة . ومن غير المعقول أن يتطلب من أى شخص أن يوجه عنيته للغير أكثر مما يوجهها لنفسه (١١ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢/١٧٨ ص ٣٣٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة فى أحكام كثيرة بأن من يقبل النقل عملاً يعتبر أنه قد أعفى صاحب السيارة من مسؤوليته ، فلا يستطع الرجوع إلا إذا أثبت فى جانب صاحب السيارة خطأ جسيماً ، بأن أثبت أنه كان يسير بسرعة جنونية لا تحمله سيطراً على السيارة ، أو أنه كان يسير بسرعة شديدة على مقربة من سيارة أخرى دون أن يوقد مصابيح سيارته (استئناف مختلط فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٢ - وفى ٢ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٢٧ - وفى ٣٠ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٢٥ - وفى ٤ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٦٥ - وفى ١٩ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٦٣ - محكمة مصر المختلطة فى ٢٣ مايو سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٩٠ ص ١٧٦) .

(٣) أنظر من هذا الرأى بلانبول وريبير وإسمان ١ فقرة ٦٢٢ - جاردينا وريتشى فقرة ١٠٤ ص ٦٦١ - جنى فى تعليقه فى سيريه ١٩٢٨ - ١ - ٣٥٣ - ريبير فى تعليقه فى دالوز ١٩٢٨ - ١ - ١٤٦ - إسمان فى تعليقه فى سيريه ١٩٢٩ - ١ - ٢٤٩ . وبهذا الرأى أخذت محكمة النقض الفرنسية : ٢٧ مارس سنة ١٩٢٨ - دالوز ١٩٢٨ - ١ - ١٤٦ - مع تعليق ريبير وسيريه ١٩٢٨ - ١ - ٣٥٣ مع تعليق جنى - وفى ٩ يونيو سنة ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٨ - ١ - ١٥٣ - وفى ١١ يونيو سنة ١٩٢٨ دالوز الأسبوعى ١٩٢٨ ص ٤١٤ - وفى ٧ يناير سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩ - ١ - ٢٤٩ مع تعليق إسمان - وفى ٢٢ يولية سنة ١٩٢٩ جازيت دى باليه ١٩٢٩ - ١ - =

إذا شرطها ألا يكون المضرور قد اشترك مجانباً في استعمال الشيء الذى أحدث الضرر (١). كذلك يجب استبعاد أن الصديق المضرور قد رضى بإخلاء مسئولية صاحب السيارة ، إذ حتى على فرض أن هذا صحيح فهو اتفاق على الإعفاء من مسئولية تقصيرية وهو لا يجوز . فلا يبقى إذن إلا الطريق الثالث ، ويكون صاحب السيارة مسئولاً نحو صديقه المضرور إذا أثبت هذا خطأ يسيراً في جانبهِ وفقاً للقواعد العامة (٢).

وهناك مسئولية تقصيرية أخرى ترتب على حوادث النقل إذا كان الضرر قد وقع لا على الراكب بل على المارة في الطريق . ومن الأمثلة المألوفة أن يقود شخص سيارة ويسير بسرعة ينجم عنها الخطر ، أو أن يسير في الليل دون أن يوقد مصباح السيارة ، أو أن يسير على الجانب الأيسر من الطريق (٣). أو أن يدخل من شارع جانبي إلى شارع رئيسي دون أن ينتظر مرور السيارات التي تسير في الشارع الرئيسي (٤) ، أو أن يغفل تنبيه العابرة إلى خطريته يهددهم من سيارته .

== ٥٨٨ - وفي ١٨ بولية سنة ١٩٣٤ دالوز ١٩٣٥ - ١ - ٣٨ - وفيه مايو سنة ١٩٤٢ سيرة ١٩٤٢ - ١ - ١٢٥ مع تعليق هنري مازو . (أنظر في أحكام أخرى بهذا المعنى لمحكمة النقض الفرنسية مازو ١ فقرة ١٢٧٨) .

(١) أنظر مازو ١ فقرة ١٢٧٤ - فقرة ١٢٧٥ وقررة ١٢٨١ - فقرة ١٢٨٧ .
(٢) أنظر في هذا الموضوع مازو ١ فقرة ١٢٧٣ - فقرة ١٢٨٩ والمراجع المشار إليها فيه (فقرة ١٢٧٤ هامش رقم ١ مكرر) . وانظر في الفقه المصري مقالاً للدكتور حلمي بهجت بدوى بك في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية ص ١٣٧ - ومصطفى مرعى بك في المسئولية المدنية فقرة ٦٦ - فقرة ٦٩ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن سائق السيارة ، حتى لو سار في طريق ذى اتجاه واحد ، يجب عليه مع ذلك أن يلزم الجانب الأيمن من الطريق (استئناف مختلط في فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٦) .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن السائق الذى يأتى من شارع جانبي يجب عليه أن ينتظر حتى يمر السائق الذى يسير في الشارع الرئيسى ، فإذا كان هذا الأخير يسير أيضاً بسرعة زائدة كان هناك خطأ مشترك (استئناف مختلط في ٢٨ يولية سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٢١٠ - وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف مختلط في ٢٣ يولية سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٩٤) .
وقضت محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة بأن السائق الذى يأتى من الشارع الأسفل يجب عليه أن ينتظر حتى يمر السائق الذى يسير في الشارع الأكبر ، فإذا كان الشارعان متساويين في الأهمية ، فالسائق الذى يأتى من جهة اليمين هو الذى يسبق (محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة في ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١٦) .

أو أن يخالف لوائح المرور ونظمها (١). ويشير أما تنفع حوادث من قطارات
السكك الحديدية (٢) والمركبات الكهربائية (٣) وغير ذلك من وسائل النقل

(١) استئناف مختلط في ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٦ - وفي ٢٠ فبراير سنة
١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٦ - وفي ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٢ - وفي ٣ مارس
سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢١٤ - وفي ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٩ - وفي ٩ مارس
سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٧ - وفي ٢٤ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٣٢ - وفي ٢٨
فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٧٦ - وفي ٨ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٦٢ - وفي
٩ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٧٣ - وفي ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١١ .
وانظر في حوادث السيارات : ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٣٢ - وفي ١٩ أبريل
سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦٣ - وفي ٣١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦٧ - وفي ١٤
يونيو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٨١ - وفي ٢٩ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٨٨ -
وفي ٢٦ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٢٨ - وفي ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٤٦ -
وفي ٢١ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٠٤ - وفي ٢٣ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٦ -
وفي ٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٣ . وكان القضاء المختص يقضي بأن المسؤولية في حوادث
السيارات لا تنبئ على مجرد أن المشغل هو مالك السيارة (استئناف مختلط في ١٩ مارس سنة
١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠٢ - وفي ٩ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٦٧ - وفي ٢٩ مارس
سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٣) ، ولكن عند هذا القانون المدني الجديد تنبئ المسؤولية في حوادث
السيارات على أساس الحراسة ، فحارس السيارة هو المشغل ولا يتخلص من المسؤولية إلا بإد
أثبت الدب الأجنبي (م ١٧٨ من القانون المدني الجديد) .

(٢) أنظر في مسؤولية مصطحة السكك الحديدية بسبب مصباح زيت مبيب أحرق مركبة
(استئناف مختلط في ٤ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٩٩) - وسبب عيب في فرملة القطار
(استئناف مختلط في ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٣٩) - وسبب إعطاء إشارات
خاتئة (استئناف مختلط في ٢٥ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٦٦) - وسبب وقوف القطار
بعيداً عن المحطة (استئناف مختلط في ١٦ يونيو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٨٨) - وفي
مسئوليتها عن الأضرار التي تصيب الموطنين (استئناف مختلط في ٩ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١
ص ٢٢٠ - وفي ٢ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٠٧ - وفي ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ م
١٧ ص ٣٠٢ - وفي ٣ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٢ - وفي ٢ مايو سنة ١٩١٧
م ٢٩ ص ٣٩٨) - وفي مسئوليتها عن خروج القطار عن التريط (استئناف مختلط في ٢٨
أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٩٦ - وفي ١٤ يونيو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٨٠ - وفي
٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥١ - وفي ٣ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٥ -
وفي ١٥ يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٢٧ - وفي ٨ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٥٢) -
وفي المسؤولية عن الشرار الذي يتطاير (استئناف مختلط في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥
ص ٥٩ - وفي ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣١٨) - وفي تصادم القطارات (استئناف
مختلط في ٢٥ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٣٨ - وفي ٣ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢) =

= وبسبب إحدى الحوادث (استئناف مختلط في ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ من ٦٣) . وأنظر أيضا نقض مدني في ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ - المحاماة ١٥ رقم ١/٧٨ من ١٥٥ - استئناف مصر في ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٥٤٨ من ١١٠٤ - وفي ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٥٨ من ٤٩٥ .

وأما عن حوادث مجازات (مزلقاتان) السكة الحديد فقد قضت محكمة النقض في دائرتها الجنائية بأنه إذا صح أن مصلحة السكة الحديد في الأصل غير مكلفة بأن تقيم حراساً على المجازات لدفع الخطر عن المارة من قطاراتها ، إلا أنها إذا أقامت حراساً بالفعل عهدت إليهم إقفالها كما كان هناك خطر عليهم من اجتيازها وتحتها حيث لا خطر ، وأصبح ذلك مأموراً للناس ، فقد حق لهم أن يعملوا على ما أوجبه على نفسها من ذلك وأن يعتبروا ترك المجاز مفتوحاً لإيذاناً بالمرور بعدم وجود الخطر . فإذا ترك الحارس عمله وأبقى المجاز مفتوحاً حيث كان ينبغي أن يقفله وجب اعتباره متخلياً عن واجب فرضه على نفسه ، ومن ثم فعليه هذا إهمال بالمعنى الوارد بالمادتين ٢٣٨ و ٢٤٤ عقوبات ، وتكون مصلحة السكة الحديد مسئولة عما ينشأ من الضرر للغير من فعل تابعها على ما قضت به المادة ١٥٢ من القانون المدني (القديم) . ولا محل للتحدى هنا بأنه على الجمهور أن يحيط بنفسه ، كما أنه لا محل للتحدى بنسب لائحة السكة الحديد التي حظرت على الجمهور المرور بالمجازات عند اقتراب مرور القطارات ورتبت على مخالفة هذا الخطر جزاء متى كانت الواقعة النابتة بالحكم لا تفيد أن سائق السيارة حاول المرور من المجاز مع علمه بالخطر . (نقض جنائي في ١٠ نوفمبر سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٣١٩ من ٩٠٥) .

وقضت محكمة النقض السككية الوطنية بأنه وإن كانت مصلحة السكة الحديد غير ملزمة بمخافة المزلقاتان ، إلا أنها ملزمة باتخاذ الاحتياطات اللازمة لتنبية المارة بوجود المزلقاتان ، وخاصة إن كانت تقع على طريق مطروق كثيراً بوضع فانوس التحذير لئلا . وإذا وضعت مصلحة السكة الحديد فانوسين بنور أحمر على جانبي المزلقان لتحذير المارة ليلاً ، ووضعت لوحة للاحتراس من القطارات فلا مشوكة عليها عند وقوع حادث (المنصورة السككية الوطنية في ١٥ يناير سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٤ رقم ٣٣ من ٧٠) .

وأنظر من القضاء المختلط في حوادث المزلقاتان : استئناف مختلط في ٥ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ من ٢٠٥ - وفي ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ من ٤٥ - وفي ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ من ٥٩ - وفي ٨ يونيو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ من ٣٢١ - وفي ١٩ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ من ٢٦٤ - وفي ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ من ٢١١ .

(٣) أنظر في مسؤولية شركة التزام عن سير القطار قبل أن يتزل الراكب (استئناف مختلط في ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ من ٣٤ - وفي ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ من ٣٨ - وفي أول يونيو سنة ١٩٠٤ م ١٦ من ٢٩١ - وفي ٢ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ من ٣٩٧ - وفي ١٩ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ من ١٤٨ - وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ من ٣٨) - وعن نزول الركاب مسرعين في دعر بسبب حادث وإصابتهم من جراء ذلك (استئناف مختلط في ٣٠ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ من ١٩٣ - وفي ١٠ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ من ٤١٤ - وفي ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ من ٢١١) - وعن إصابة المارة =

المختلفة (١) . وبلا حظ في كل ذلك أن المسئول عن الخطأ ، وهو السائق ، استعمل رخصة أباحها له القانون ، بأن اتخذ وسيلة من وسائل النقل المعروفة . فانحرف في إثبات هذه الرخصة عن السلوك المألوف للرجل العادي ، وأضر بالغير . فكان هذا خطأ يستوجب المسؤولية . وسنرى أن المسؤولية في أكثر هذه الأحوال ، بعد نفاذ القانون المدني الجديد . لا تبنى على خطأ واجب الإثبات ، بل على أساس حراسة الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة أو الآلات الميكانيكية ، فيكون الحارس مسئولاً عما تحدثه وسائل النقل من ضرر مالم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه (م ١٧٨ من القانون المدني الجديد) ، وسيأتى تفصيل ذلك .

٥٤٧ - حوادث العمل : وليست حوادث العمل بأقل من حوادث النقل بعد تقدم المحرمات الميكانيكية وشيوع الصناعات الكبرى . ولعل حوادث النقل وحوادث العمل هي أبلغ الحوادث أثراً في تطور المسؤولية التقصيرية . وقبل صدور قانون العمل رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ (وقد حل محله القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠) كان القضاء المصري لا يجعل صاحب العمل مسئولاً قبل العامل عن حوادث العمل إلا إذا أثبت العامل خطأ في جانب صاحب العمل (٢) .

= في الطريق (استئناف مختلط في ١٠ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ م ١٤٩ - وفي فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ م ١٢١ - وفي ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ م ٢٦٨ - وفي ١٣ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ م ١٨٩ - وفي ٢١ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ م ١٦٠ - وفي ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ م ٦٨ - وفي ٢ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ م ٢٧٩ - وفي ٢٠ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ م ٥١١ - وفي ١٢ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ م ٤٦٩ - وفي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ م ٧٤ - وفي ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ م ٢٥ - وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ م ٣٦ - وفي ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ م ١٣٤ - وفي ٩ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٤ م ١٩٦ - وفي ٣١ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ م ١٧٤ - وفي ١٢ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ م ٢١٧ - وفي ٩ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ م ١٢٦ - وفي ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ م ٤١ - وفي ٢٧ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ م ٤٩) .

(١) أنظر في حوادث الطيارات : استئناف مختلط في ٢٣ يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ م ١٩٦ .
(٢) استئناف مختلط في ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ م ١٩ - وفي ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٧ م ٥١ - وفي ٨ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ م ١٥٥ - وفي ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ م ٢٩٥ - وفي ١٤ يونيو سنة ١٩٠٥ م ١٧ م ٣٣٥ - وفي ٢٨ =

ولكنه كان يكتفى بإثبات أى إهمال (١) . ويوجب على صاحب العمل أن يتخذ الاحتياطات اللازمة حتى يحمى العمال من مخاطر العمل وإلا كان مسئولاً (٢) . وتصبح مسؤولية صاحب العمل أشد إذا كان العامل صبيّاً صغير السن (٣) . ولا يستطيع صاحب العمل أن يخفف باتفاق من مسؤوليته التقصيرية (٤) . وهو مسئول عن خطأ تابعه (٥) . ولكن يجوز أن يتعهد بتعويض العمال تعويضاً مقدراً عن مخاطر العمل (٦) . وترتفع مسؤوليته

-
- = مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧٢ - وفي ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٣ -
 وفي ١٣ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٥١ - وفي ١٧ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٦ -
 وفي ١٧ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٩٦ - وفي ٧ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٥٩ -
 وفي ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩١ - وفي ٥ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١١ -
 وفي ١٧ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٣٤ - وفي ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦١ -
 وفي ٢٤ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٨ - وفي ٢٤ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٢٩ -
 وفي ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨١ - وفي ٢٨ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٤٢ -
 وفي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤١ - وفي ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٥ -
 وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٧١ .
 (١) استئناف مختلط في ٢٤ نوفمبر سنة ١٨٨٧ المجموعة الرسمية للحاكم المختلطة ١٣ ص ١٩ - وفي ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٥ .
 (٢) استئناف مختلط في ٣ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٠٣ - وفي أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٨ - وفي ١٨ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٦٢ - وفي ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٠٤ - وفي ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٢٨ - وفي ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٣٧ - وفي أول ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٣٦ - وفي ٢٧ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٩ - وفي ٣ يونيو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٦١ - وفي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤١ - وفي ١٢ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٠ -
 وفي ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٥ - وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٩١ .
 (٣) استئناف مختلط في ٢٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٤ - وفي ٢٧ مايو سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٤١٩ ص ١٧٠ - وفي ٢١ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٨٤ -
 وفي ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٩ .
 (٤) استئناف مختلط في ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٩٣ - وفي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١ .
 (٥) استئناف مختلط في ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٧٨ - وفي ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٢٨ - وفي ١٧ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٥٠ .
 (٦) استئناف مختلط في ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٢ م ٣٥ ص ١٦ - وفي أول أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠٤ - وفي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١ .

إذا كان الضرر قد وقع بخطأ العامل نفسه (١) .

وبعد أن صدر قانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ ، ثم قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ الذى حل محله . خضعت حوادث العمل لهذا التشريع الجديد ، ولم يعد يجوز للعامل فيما يتعلق بحوادث العمل أن يتمسك ضد رب العمل بأحكام أى قانون آخر ما لم يكن الحادث قد نشأ عن خطأ جسم من جانب رب العمل (٢) .

٥٤٨-المسؤولية عن الأخطاء الفنية فى مزاوله المهنة: وكثيراً ما يخطئ

رجال الفن من أطباء وصيادلة ومهندسين ومحامين وغير ذلك فى مزاوله مهنتهم . فالطبيب قد يخطئ وهو يقوم بعملية جراحية ، وقد يخطئ الصيدلى فى تركيب الدواء ، والمهندس فى عمل التصميم الهندسى ، والمحامى فى القيام بإجراءات التقاضى ومراعاة المواعيد المقررة لذلك .

وأول ما تجب ملاحظته فى هذا الشأن أن مسؤولية هؤلاء الفنيين تكون فى أكثر الأحوال مسؤولية عقدية لا مسؤولية تقصيرية . لأنهم يرتبطون بعقود مع عملائهم فى تقديم خدماتهم الفنية (٣) . ولكن الخدمة الفنية التى يلتزمون بتقديمها بمقتضى العقد لا تزيد على أن تكون بذل عناية فنية معينة

(١) استئناف مختلط فى ١٣ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ م ١٥١ - وفى ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ م ١٧٠ - وفى ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ م ٤٩١ - وفى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ م ٨٣ .

(٢) أنظر آخراً فقرة ٥٢٢ فى المامش . وانظر استئناف مختلط فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ م ٢٥ .

(٣) الدكتور وديم فرج بك فى مسؤولية الأطباء الجراحين المدنية مقال فى مجلة القانون والاقتصاد ١٢ ص ٣٨١ وما بعدها - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٢٨ - بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٢٤ - جوسران ٢ فقرة ١٢٨٧ - مازو ١ فقرة ١٤٨ وقرة ٥٠٨ - لالو فقرة ٤٢٢ - سافاتييه فقرة ٧٧٥ - قنص فرنى فى ١٨ يناير سنة ١٩٣٨ جازت دى باليه ١٩٣٨ - ١ - ٣١٤ - وفى ٢٧ يونيه سنة ١٩٣٩ سيرة ١٩٤٠ - ١ - ٧٣ - وفى ٢٧ مايو سنة ١٩٤٠ سيرة ١٩٤٠ - ١ - ٨٤ .

أما القضاء فى مصر فيقضى بأن مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية جيدة عن المسؤولية العقدية (قنص مدنى فى ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٦ م ١١٥٦ - استئناف مصر ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ المخاماة ٢٢ رقم ٨٥ م ٢٥٨ - اسكندرية ومصر الوطنية فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المخاماة ٢٤ رقم ٣٥ م ٧٨ .

هي التي تقتضيها أصول المهنة التي ينتمون إليها . فالزامهم بالعقد هو إذن التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية . ومن ثم يتلاقى بالنسبة إليهم معيار المسؤولية العقدية بمعيار المسؤولية التقصيرية . فهم في المسؤولية التقصيرية يطلب منهم أيضاً بذل العناية الفنية التي تقتضيها أصول المهنة . فإن هذا هو السلوك الذي المألوف من رجل من أوسطهم علماً وكفاية ونقطة . فالانحراف عن هذا المعيار ، سواء كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية ، يعتبر خطأ مهنيًا (faute professionnelle) . وغنى عن البيان ألا خيرة بين المسئولين ، فإذا كان الخطأ المهني عقدياً جيب المسؤولية التقصيرية . وإذا كان معيار الخطأ المهني واحداً في المسئولين ، فهناك فروق معروفة بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية تجعل انعدام الخيرة بين المسئولين ذا أهمية عملية . وتقتصر هنا على معيار الخطأ المهني ، وهو واحد في المسئولين كما قمنا .

ذهب بعض الفقهاء في فرنسا إلى وجوب التمييز في مزاولة المهنة بين الخطأ العادي والخطأ المهني . فالخطأ العادي هو ما يرتكبه صاحب المهنة عند مزاولة مهنته دون أن يكون لهذا الخطأ علاقة بالأصول الفنية لهذه المهنة . كما إذا أجرى الطبيب عملية جراحية وهو سكران . ومعيار الخطأ العادي هو معيار الخطأ المعروف : الانحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي . أما الخطأ المهني فهو خطأ يتصل بالأصول الفنية للمهنة . كما إذا أخطأ الطبيب في تشخيص المرض . ولا يسأل صاحب المهنة ، في نظر هؤلاء الفقهاء . عن الخطأ المهني إلا إذا كان خطأ جسيماً . حتى لا يقعد به الخوف من المسؤولية عن أن يزاول مهنته بما ينبغي له من الحرية في العمل ومن الطمأنينة والثقة في فنه وفي كفايته 'شخصية (١) . وبهذا الرأي أخذ القضاء المختلط في بعض أحكامه (٢) .

والتمييز بين الخطأ العادي والخطأ المهني في مزاولة المهنة ، فوق أنه دقيق

(١) لوران ٤ فقرة ١١٨٧ - ديموج ٣ فقرة ٢٦٤ - سافارييه في تعليقه في دالوز ١٩٣٩ - ١ - ٤٩ .

(٢) قضت محكمة الاستئناف المختلطة في بعض أحكامها بأن مسؤولية أطباء لا تحقق إلا في خطأ جسيم : ٢٩ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٦ - ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٦ ص ٩ - ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠ - ١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٤ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١٩ - ٢١ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٥٠ .

في بعض الحالات ، لا مبرر له . وإذا كان الطبيب أو غيره من الرجال اثنين في حاجة إلى الطمأنينة والثقة ، فإن المريض أو غيره من العملاء في حاجة إلى الحماية من الأخطاء الفنية . والواجب اعتبار الرجل الفني مسئولاً عن خطئه المهني مسئولته عن خطئه العادي ، فيسأل في هذا وذاك حتى عن الخطأ البسيط . وبهذا أخذ القضاء والثقة في فرنسا وفي مصر (١) . والذي أدخل المباس في شأن الخطأ المهني أن المعيار الذي يقاس به هذا الخطأ هو أيضاً

(١) سوريا فقرة ٦٧٧ مكررة - بلايول وريير وإسمان ١ فقرة ٥٢٤ - لالو فقرة ٤٢٦ - مازو ١ فقرة ٥١١ . محكمة القضاة الفرنسية في ٢١ يولية ١٩١٩ دالوز ١٩٢٠ - ١ - ٣٠ - وفي ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ سيرييه ١٩٢١ - ١ - ١١٩ - وفي ٢٠ ماي سنة ١٩٣٦ دالوز ١٩٣٦ - ١ - ٨٨ - وفي ٢٤ يونيه سنة ١٩٣٨ جازت دي باليه ١٩٣٨ - ٢ - ٧٢١ - جرينوبل في ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٦ سيرييه ١٩٤٧ - ٢ - ٣٨ .

وقضت محكمة استئناف مصر بأن مسؤولية الطبيب تخضع للقواعد العامة متى تحقق وجود خطأ منها كان نوعه ، سواء كان خطأ فنياً أو غير فني ، جسيماً أو بسيطاً . لهذا فإنه يصح الحكم على الطبيب الذي يرتكب خطأ بسيطاً ، ولو أن هذا الخطأ له معنة طبية طاهرة (٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٤ من ٧١٣) . وقضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية أن الطبيب الذي يخفى مسئولته عن نتيجة خطئه ، بدون تفريق بين الخطأ المهني والجسيم ، ولا بين العيين وغيرهم ... والقول بعدم مساءلة الطبيب في حالة خطأ المهني إلا عن خطئه الجسيم دون البسيط ، هذا القول كان مثار اعتراضات لوجود صمويات في التمييز بين نوعي الخطأ ، ولأن نص القانون الذي يربط مسؤولية الخصى عن خطئه جاء عاماً غير مقيد ، فلم يفرق بين الخطأ المهني والجسيم ولا بين العيين وغيرهم . ويسأل الطبيب عن إهماله سواء كان خطأ جسيماً أو بسيطاً ، فلا يتمتع الأطباء باستثناء خاص (٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ٣٥ من ٧٨) - أنظر أيضاً استئناف مصر في ١٦ أبريل سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٥٣ من ٨٤ - محكمة مصر الكلية الوطنية في ٣ أكتوبر سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ رقم ٥٥ من ١٣٢ . وقضت محكمة القضاة بأن الطبيب مسئول عن تعويض الضرر المترتب على خطئه في المعالجة ، ومسئولته هذه مسئولية تفسيرية (كذا) بعيدة عن المسئولية التقاعدية ، فموضوع يستخلص ثبوتها من جميع عناصر الدعوى من غير مراقبة عليه (قض مدني في ٢٢ يونيه سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ١ رقم ٣٧٦ من ١١٥٦) . وكانت محكمة الاستئناف المختلطة قضت في الماضي بمسئولية الطبيب ولو عن خطأ بسيطاً مادام عقد مدني (certaine et caractérisée) : استئناف مختلط في ٣ فبراير سنة ١٩١٠ م ٢٢٣ من ١٢٠ - وفي ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ من ١٨٣ . وانظر في الفقه المصري : الدكتور سليمان مرقس في بحثه في مسئولية الطبيب ومسئولية إدارة المستشفى (مجلة القانون والاقتصاد ٧ من ١٥٥ وما بعدها) وفي مؤلفه الفصل الصادر فقرة ٢ : - فقرة ٤٤ - الدكتور وديع فرح في مسئولية الأطباء والجراحين المدنية (مجلة القانون والاقتصاد ١٢ من ٣٨١ وما بعدها) - مصطفى مرعي بك في المسئولية المدنية فقرة ٧٠ - فقرة ٧٣ - الدكتور أحمد حشمت أبو سبت بك فقرة ٤٤٩ .

معياري فني . فهو معيار شخص من أوساط رجال الفن . مثل هذا الشخص لا يجوز له أن يخطئ فيها استقرت عليه أصول فنه . والأصول المستقرة للفن هي ما لم تعد محللاً للمناقشة بين رجال هذا الفن ، بل إن جمهورهم يسلمون بها ولا يقبلون فيها جدلاً (١) . ومن ثم يبدو الخروج على هذه الأصول المستقرة خطأ لا يغتفر ، ويكاد يلامس الخطأ الجسيم ، فاختلط به . ولكن يجب التنبيه إلى أن أي خروج على هذه الأصول المستقرة ، جسيماً كان هذا الخروج أو يسيراً . يعد خطأ مهنيّاً يستوجب المسؤولية . والشخص الفني الوسط الذي يؤخذ معياراً للخطأ المهني يجب ألا يتجرد من الظروف الخارجية ، وفقاً للقواعد المقررة في هذا الصدد . فإذا كان طبيياً وجب النظر إلى أية طائفة من الأطباء ينتمي : هل هو طبيب يزاول الطب بصفة عامة ويعالج مرضى الحى من مختلف أنواع المرض ، أو هو أخصائى لا يعالج إلا نوعاً واحداً من المرضى . أو هو العالم الثقة الذي يرجع إليه في الحالات المستعصية . لكل من هؤلاء أجره ، ولكل مستواه المهني ، ولكل معياره الفني (٢) . وما يقال في الطبيب يقال في

(١) أما المسائل الفنية التي تهلل المناقشة والتي لم يستقر عليها إجماع من أهل الفن ، فهذه لا شأن للقاضي بها ، وليس له أن يتدخل فيها برأى شخصي يرجح مذهباً على مذهب . وفي هذا المعنى تقول محكمة الإسكندرية الوطنية الكلية : « يسأل الطبيب عن خطئه في العلاج إن كان الخطأ ظاهراً لا يحتمل نقاشاً فنياً تختلف فيه الآراء . فإن وجدت مسائل علمية يتجادل فيها الأطباء ويختلفون عليها ، ورأى الطبيب اتباع نظرية قال بها العلماء ولو لم يستقر الرأي عليها فاتبعها فلا لوم عليه . وعلى القضاء أن يتفادى النظر في المناقشات الفنية عند تقدير مسؤولية الأطباء ، إذ مهمته ليست المفاضلة بين طرق العلاج المختلف عليها ، بل قاصرة على التثبت من خطأ الطبيب المعالج » (٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ٣٥ ص ٧٨ وقد سبقت الإشارة إليه) — ومن ثم فالخطأ المهني ، ولو كان يسيراً ، يجب أن يكون ثابتاً ثبوتاً ظاهراً بصفة قاطعة لا احتمالية . وفي هذا المعنى تقول محكمة استئناف مصر : « مسؤولية الطبيب عن خطئه مسؤولية تقصيرية (كذا) بعيدة عن المسؤولية التعاقدية . ومن مصلحة الإنسان أن يترك باب الاجتهاد مفتوحاً أمام الطبيب حتى يتمكن من القيام بمهمته العالية من حيث خدمة المريض وتخفيف آلامه وهو آمن مطمئن لا يسأل إلا إذا ثبت ثبوتاً ظاهراً بصفة قاطعة لا احتمالية أنه ارتكب عيباً لا يأتيه من له إلام بالفن الطبي إلا عن رعونة وعدم نصرة » (٢٣ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٨٥ ص ٢٥٨) .

(٢) وتقول محكمة استئناف مصر في هذا المعنى : « وبالذنب للأطباء الأخصائيين يجب استعمال منتهى الشدة معهم ، وجعلهم مسئولين عن أي خطأ ولو كان يسيراً ، خصوصاً إذا ساءت حالة المريض بسبب معالجتهم ، لأن واجبهما الدقة في التشخيص والاعتناء وعدم الإهمال في المعالجة » (٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣ وقد سبقت الإشارة إليه) . أنظر أيضاً في هذا المعنى الدكتور وديع فرج في مسؤولية الأطباء والجراحين المدونة (مجلة القانون والاقتصاد ١٢ ص ٣٩٩ — ص ٤٠٠ — الدكتور سليمان مرقس في الفعل الضار فقرة ٤٤) .

الحامى والمهندس والزراعى وغيرهم من رجال الفن .

٥٤٩- الاعتداء على الشرف والسمعة : وكثيراً ما يكون الخطأ اعتداء

على الشرف والسمعة . وليس من الضرورى أن يكون المعتدى سيء النية . بل يكفى أن يكون أرعن متسرعاً . وفى الرعونة والتسرع انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادى . وهذا خطأ موجب للمسئولية . والاعتداء على الشرف والسمعة يقع بطرق مختلفة .

يقع عن طريق النشر فى الصحف بالسب والقذف (١) . حتى لو اتنى سوء النية ما دامت هناك رعونة وعدم احتياط (٢) . ولكن يراعى عدم التشدد فى اعتبار ما ينشر فى الصحف سباً أو قذفاً فى بعض الظروف التى تقتضى الإطلاق من حرية الصحافة من أجل المصلحة العامة ، وذلك كظروف الحرب (٣) ، وظروف الانتخابات (٤) . وفى الحملات الصحفية التى تقوم لغرض التطهير من فساد منتشر (٥) . وفى النقد العلمى والفنى البرىء (٦) . ويقع الاعتداء عن طريق البلاغ الكاذب . وليس سوء النية شرطاً فى المسئولية التقصيرية كما هو شرط فى المسئولية الجنائية . فقد يحفظ البلاغ الكاذب ويكون صاحب البلاغ مع ذلك مسئولاً مدنياً لأنه كان أرعن متسرعاً ولو أنه لم يكن سيء النية (٧) . كما قد يكون صاحب البلاغ غير مسئول لاجتناباً

(١) استئناف مختلط فى ٢ يونية سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٩٨ - وفى ٢١ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٣٤ - وفى ٢٤ يونية سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٩٨ - وفى ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٨٨ .

(٢) استئناف مختلط فى ٣ يونية سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٣٥ - وفى ٦ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٩١ - وفى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥٢ - وفى ٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٤ - وفى أول مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٨٨ - وفى ٢ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٨٦ .

(٣) استئناف مختلط فى ٢١ يونية سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٢ .

(٤) استئناف مختلط فى ١٧ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٤ .

(٥) استئناف مختلط فى ١٦ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٣٧ .

(٦) استئناف مختلط فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٩٠ - وفى ١٢ يونية سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٥١ . وانظر فى حدود النقد المباح من النواحي العلمية والأدبية والتاريخية مازو ١ فقرة ٥١٥ - ٥ .

(٧) دائرة القضاة محكمة الاستئناف فى ٢٤ يونية سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٣٤ ص ٨١ - استئناف وطنى فى ١٩ يناير سنة ١٩١٤ الترانيم رقم ٤٤١ ص ٢٨٢ - =

ولا مدنياً لأنه لم يكن سىء النية ولم يرتكب رعونة أو تسرعاً (١) . ويكفى لنى التسرع والرعونة أن يتجمع لدى المبلغ من الدلائل ما يلقى في روعه صحة ما يبلغ عنه ولولم يكن صحيحاً في الواقع . ويتخذ في هذا معيار موضوعي مجرد هو المعيار المعروف للخطأ . فلا يكفي أن تكون هذه الدلائل قد أُلقت في روع المبلغ ذاته صحة ما يبلغ عنه ، بل يجب أن يكون من شأن هذه الدلائل أن تلقى ذلك في روع الشخص العادى المجرد عن الظروف الداخلية التى تحيط بالمبلغ (٢) .

ويقع الاعتداء عن طريق دفاع في دعوى يتهم فيها الخصم خصمه أو يتهم الشهود أو الخبراء تهماً غير صحيحة تنطوى على الرعونة والتسرع . حتى لو لم يكن الخصم سىء النية في هذا الاتهام (٣) .

ويقع الاعتداء عن طريق إذاعة أخبار غير صحيحة أو إشاعات كاذبة عس سمعة شخص ، دون أن يصطنع المذيع الحيلة الواجبة للتثبت من هذه الأخبار والإشاعات قبل إذاعتها (٤) .

ويقع الاعتداء عن طريق إعطاء معلومات كاذبة ، بسوء نية أو عن رعونة (٥) . ولكن المصالحة التى تذكر أسباب فصل موظف من موظفيها بناء على طلب

= استئناف مختلط في ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ م ٢٣٢ - وفي ١٠ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ م ٢٣٥ .

(١) استئناف مختلط في ٤ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ م ١٦١ - وفي ١٦ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ م ١٥٦ .

(٢) أما إذا كان المبلغ موظفاً من موظفي الأمن العام فلامسئولية عليه إذا هو بلغ قبل أن يثبت من صحة الخبر إذا قامت عنده شبهات جدية كافية، لأن التبليغ عن الجرائم واجب عليه بمقتضى القانون (محكمة مصر السككية الوطنية في ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ١٠ رقم ١٦٩ م ٣٣٧) . كذلك يكفي لعدم مسئولية المبلغ أن يكون هو المحيى عليه متى قامت لديه شبهات جدية تبرر الاتهام (أنظر في الموضوع مصطفي مرعى بكفى السئولية المدنية فقرة ٨٥ - مازو ١ فقرة ٥٠٠) .

(٣) استئناف مختلط في ١٠ يونية سنة ١٨٩٦ م ٨ م ٣٣٠ - وفي ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ٣٨٠ - وفي ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٢٢١ - وفي ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٤٢٧ .

(٤) استئناف مختلط في ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ٤١٩ .

(٥) استئناف مختلط في ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ٤١٩ (وقد سبقت الإشارة إليه) . أنظر أيضاً مازو ١ فقرة ٥٠١ .

قدم لها في هذا الشأن لا تكون مسئولة (١). ولا يكون مسئولاً بوجه عام من أعطى معلومات عن الغير بحسن نية وبطريقة سرية وبناء على طلب معين (٢).

٥٥٠ - فسخ الخطبة والانعواء : والخطبة . أو الوعد بالزواج . ليست

عقداً ملزماً ، لأنه لا يجوز أن يتقيد شخص بعقد أن يتزوج ، ومن باب أولى أن يتزوج من شخص معين ، فتل هذا التقيد يكون مخالفاً للنظام العام . ولكن فسخ الخطبة أو الإخلال بالوعد بالزواج ، إذ لم يكن خطأ عقدياً . قد يكون خطأ تقصيرياً يوجب التعويض (٣) . ومعيار الخطأ هنا هو المعيار المعروف ، فإذا انحرف الخطيب وهو يفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادي في مثل الظروف الخارجية التي أحاطت بالخطيب ، كان فسخ الخطبة خطأ يوجب المسؤولية التقصيرية . والأصل أن فسخ الخطبة لا يجعل حقاً في التعويض إلا . عن الضرر المادي (٤) . ولكن إذا سبقه استغواء فإنه يلزم بالتعويض عن الضرر الأدبي (٥) . على أنه إذا استسلم الخطيبان للضعف

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٣ الحاماة ٤ رقم ١٢ ص ٥٣٨ -

محكمة الاستئناف المختلطة في ١٦ مايو سنة ١٩٢٥ م ٧ ص ٢٨٦ .

(٢) استئناف مختلط في ٤ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٦٤ .

(٣) استئناف مختلط في ٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢١١ - وفي ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٨٩ - وكفخ الخطبة الطلاق ، كلاهما رخصة لا يجوز الانحراف في استعمالها عن السلوك المألوف للشخص العادي . فإذا غير زوج مسيحي دينه ليطلق امرأته كان مثلاً عن التعويض (استئناف مختلط في ٥ يونيو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٨٧) . أما الزوج المسلم إذا طلق امرأته فلا يكون في الأصل مثلاً إلا عن مؤخر الصداق (استئناف مصر في ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ الحاماة ١٧ رقم ٥٨ ص ١١٩ - استئناف مختلط في ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٨٦) . ولكنه قد يكون مثلاً أيضاً عن التعويض إذا كان استعماله لرخصة الطلاق خطأ يوجب مسئولته التقصيرية (محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢٠ يناير سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٦٥ ص ١٠٧ - محكمة شين الكوم في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ٢٧٧ / ٢ ص ٥٤٠ - محكمة مصر الكلية الوطنية في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ الحاماة ١٣ رقم ٥٦٤ ص ١١٣٣ - فارت محكمة الاستئناف الوطنية في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣٨ ص ٨٢ - وانظر في هذا الموضوع رسالة الدكتور العبد مصطفي العبد) .

(٤) استئناف مختلط في ٢ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢١٤ - وفي ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٣٤ .

(٥) استئناف مختلط في ١٩ أبريل سنة ١٩٢٨ جازيت ١٨ رقم ٣٢٣ ص ٢٥٢ -

وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٧ .

الجنسى ، فلا تعويض لا لضرر مادي ولا لضرر أدبي ، حتى لو كان هناك مشروع للزواج لم يتم (١). وإذا كان فسخ الخطبة بين خطيبين أحدهما قاصر ، فوالد الخطيبة هو المسئول إذا كان هو السبب في الفسخ (٢).

هذه المبادئ الواضحة ، على وضوحها ، لم تستقر في القضاء المصري إلا بعد اضطراب وتأرجح . فقد صدرت أحكام ، من القضاء الوطني بنوع خاص ، تقضى بأن فسخ الخطبة لا يوجب التعويض إذ هو أمر مباح فلا سبيل إلى تحميل الخاطب الذي يعدل مسئولية عمل مشروع ، والقضاء ممنوع من تقييد المباحات العامة ، كما أن تحرى العوامل التي دعت إلى فسخ الخطبة والظروف التي لا يستلزم هذا الفسخ يقتضى التدخل في أدق الشؤون الشخصية والاعتبارات اللصيقة بمحرمات الناس ، هذا إلى أن الشريعة لم تحمل الزوج الذي يطلق قبل الدخول إلا خسارة نصف المهر الذي دفعه ، فكيف يصح إلزام الخاطب بتعويض قد يربو على ذلك إن هو عدل عن الخطبة ! (٣) وفي الوقت ذاته صدرت أحكام أخرى ، من القضاء الوطني والقضاء المختلط ، تقضى بجواز التعويض عن فسخ الخطبة ، وبخاصة إذا سبق الفسخ استهواء أو سبب الخطبة مصروفات أو أخذت صورة واضحة من العلانية. ذلك أن الحكمة في جواز العدول عن الخطبة هي تمكين طرفيها من تفادى الارتباط بزواج لا يحق الغاية المرجوة منه ، فلا تحمي الشرائع عدولا طائشاً لا يبرره مسوغ يقتضيه ، وخسارة نصف المهر في حالة الطلاق قبل الدخول ليست إلا مقابلاً للطلاق في ذاته مجرداً عن كل ظرف آخر يجعل منه فعلاً ضاراً موجباً للمسئولية المدنية ، ولا يستطيع القضاء أن يتخلى عن سلطته في تقدير الأفعال التي يترتب عليها إضرار أحد الخطيبين بالآخر ، سواء كان ذلك بسلوكه أثناء الخطبة أو بعدوله عنها بكيفية ضارة ، احتجاجاً بدقة تقدير مثل هذه الأمور الشخصية

(١) استئناف مختلط في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ من ٨٤ .

(٢) استئناف مختلط في ٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ من ٢١١ .

(٣) أنظر في هذا المعنى استئناف مصر الوطنية في ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ من

٢٢٤ - وفي ٢٣ مايو سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٤٥ من ٦٨ - وفي ٣٠ يونيو

سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣/٣١٣ - وفي ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢

رقم ٤٢٢/٢ من ٨٥٥ - محكمة الزقازيق الاستثنائية في ٣ نونبر سنة ١٩٢٤ المجموعة

الرسمية ٢٦ رقم ٧٥ من ١٣٢ .

التصيفة بالحرمات . فما كانت دقة النزاع لتصلح دفعا بعدم اختصاص القضاء بنظره ، وليس أحق برعاية القضاء وإشرافه شيء أكثر من الأعراض والحرمات لمساها بذات الإنسان (١) . ثم إن الأحكام التي قضت بجواز التعويض ذهب بعضها إلى أن الخطبة عند مازم ، العدول عن الوفاء به يوجب التعويض (٢) . ولكن الكثرة الغالبة ذهبت إلى أن التعويض إنما يعطى على أساس المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية (٣) .

(١) أنظر في هذا المعنى استئناف مصر الوطنية في ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١٠٣ ص ١٦١ - وفي ٣٠ يونيو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٦٧ ص ٥٣٩ - محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٢٧ ص ٥٣ - وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٣٠ ص ٧٣ - محكمة سوهاج الكلية في ٣٠ مايو سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ رقم ٤٣٤ ص ١٠٥٦ - استئناف مخطئ في ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٢٠ ص ٣٠٧ - وفي ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٩ - وفي ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٦ - وفي ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٣٢ - وفي ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١١٢ . ويؤيد الأستاذ مصطفى مرعي بك هذا الرأي في كتابه المسؤولية المدنية (فقرة ١١٧ - فقرة ١٢١) ويورد قائمة من أحكام القضاء التي أخذت به والتي أخذت بعكسه .

(٢) وأظهر حكم في هذا المعنى ما قضت به محكمة سوهاج الكلية ، وقد جاء في حكمها ما يأتي : « الخطبة تنشئ علاقات بين الطرفين لا يجوز تجاهلها ، كما لا يمكن إغفال اعتبارها ولا تجريدها من أى تقدير قانوني . ففيها يصدر إيجاب يقترن بقبول على الوعد بالزواج ، فهو ارتباط قانوني وعقد قائم . وفي هذا العقد يلتزم كل من الطرفين بإجراء التعاقد النهائي في الوقت اللام . وإنه وإن كان ليس بعهدة ما يوجب وفاء الالتزام عيباً أى إجراء هذا التعاقد النهائي لأن الوعد بالتعاقد لا ينشئ إلا حقاً شخصياً ، إلا أن العدول عن الوفاء بهذا الالتزام يوجب التعويض . وليس في هذا ما يمس حرية الزواج إطلاقاً ، إذ لكل من الطرفين أصلاً أن يعدل عن وعده . ولكن إذا أجرى ذلك في تهور أو عنف أو خالياً مما يبرره أو بغير مسوغ مشروع أو لمجرد الهوى ، فإن ذلك يوجب التعويض . والتعويض الأدبي لا يقصد به الإثراء ولكن لرد الكرامة ومحو الأثر السيئ الذي تخلف عن فعل المخطئ . وتستحق الخطية تعويضاً مادياً عما لحقها من ضرر فيما تسكفته من معدات الزواج في مجموعها ما دامت لا تقضى الانتفاع بها على الوجه الصحيح » (سوهاج الكلية في ٣٠ مايو سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ رقم ٤٣٤ ص ١٠٥٦ . وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

(٣) وتقول محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية في هذا المعنى ما يأتي : « ومنشأ المسؤولية في هذه الحالة هو الإساءة وهي فعل ضار ، فهي مسئولية عن شبه جنحة ، وليست مسئولية تبادلية منشؤها الإخلال بعهدة . (الإسكندرية الكلية الوطنية في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٢٧ ص ٥٣ . وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

والذي يمكن تقريره في هذا الشأن . باعتبار أن القضاء قد استقر عليه ، هو ما يأتي : (١) الخطبة ليست بعقد ملزم . (٢) مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض . (٣) إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين . جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية . وقد قررت محكمة النقض أخيراً هذه المبادئ في حكمها جاء فيه ما يأتي : « إن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج . وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحداً من المتواعدين . فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء . خصوصاً وأنه يجب في هذا عند أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته لما للزواج من الخطر في شؤون المجتمع ، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهتداً بالتعويض . ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه . باعتبار أنهما مجرد وعد فعدول . فدل لازمتهما أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالاً تاماً . وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً أو أدبياً بأحد المتواعدين . فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه ، وذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها - بغض النظر عن العدول المجرد - أفعال ضارة موجبة للتعويض (١) » .

أما الإغواء (séduction) فلا يكون سبباً في التعويض إلا إذا اصطحب بالخدعة والغش أو اقترن بضغط أو إكراه (٢) . فإذا كانت ضحية الإغواء في سن تسمح بتدبر العواقب . كان هذا سبباً في تخفيف التعويض (٣) . وإذا كانت العلاقة الجنسية نتيجة استسلام متبادل سكن إليه الطرفان ، ورضيت المرأة أن تكون خليلية على علم من أقاربها فلا تعويض (٤) . فإذا وعد الخليل خليلته بعد هجرها بالتعويض كان هذا قياماً بالتزام طبعي ، بخلاف ما إذا كان هذا الوعد سابقاً على المعاشرة وقد قصد منه الإغراء فيكون باطلا لعدم

(١) قض مدني في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٤ من ٣٠ - أنظر أيضاً في هذا المعنى نظرية القصد للوالت فقرة ٤٨٠ .

(٢) استئناف مختلط في ٢٩ يناير سنة ١٩١٦ جازت ٦ رقم ٢٣٩ من ٧٦ .

(٣) استئناف مختلط في ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ من ٣٨ .

(٤) استئناف مختلط في ٢ يولية سنة ١٩٢١ م ٣٣ من ٣٦٨ - وفي ٢٥ يولية

سنة ١٩٢٥ م ٣٧ من ٤٩٨ - وفي ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ من ١٣٤ .

مشروعية السبب . وقد تقدم بيان ذلك . وقد يكون الإغواء سبباً للتعويض . حتى لو كان الشاب قاصراً . فإن المسؤولية هنا تفصيلية لا عقدية . والقاصر تجوز مساءلته تفصيلاً (١) .

٥٥١ - حالات أخرى مختلفة في الخطأ التقصيري : وهناك . عدا

ما تقدم . حالات أخرى مختلفة في الخطأ التقصيري توجب المسؤولية . منها الأعمال التي ترتب عليها مسؤولية شركات المياه والغاز والنور (٢) . ومنها المنافسة التجارية غير المشروعة . وتقع عادة بتقليد العلامات التجارية (الماركات) . أو استعمال طرق احتيالية كاتخاذ اسم تجارى مقارب للاسم التجارى المزااحم . وقد تقع المنافسة غير المشروعة بإغراء عمال المتجر المزااحم على ترك متجرهم إلى المتجر الآخر . وتقع كذلك بنشر إشاعات كاذبة عن المتجر المزااحم ، وبالتشهير بعيوب هذا المتجر . وغير ذلك من وسائل المنافسة غير المشروعة (٣) . ومنها الإجراءات القضائية الكيدية (٤) ،

- (١) محكمة الإسكندرية الكلية المختطة في ٦ أبريل سنة ١٩١١ جازت ٢ من ١٢٦ — محكمة القاهرة الكلية المختطة في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ جازت ٤ رقم ١٧٣ من ٦٧ .
(٢) أنظر في هذه المسألة : استئناف مختلط في ٦ يونية سنة ١٨٩٤ م ٦ من ٣١٦ — وفي ٧ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ من ١١٨ — وفي ٦ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ من ٢٣٢ — وفي ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ من ٢٢٦ — وفي ٥ يونية سنة ١٩٠٧ م ١٩ من ٢٩٤ — وفي ٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ من ٢٤١ — وفي ١٤ يونية سنة ١٩١٣ م ٢٥ من ٤٤٧ — وفي أول ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ من ٤٠ — وفي ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ من ١٠٩ — وفي ١١ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ من ٣٥٤ — وفي ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ من ١٤٠ — وفي ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ من ١٥ .
(٣) أنظر الموجز في النظرية العامة للالتزامات للدولف فقرة ٣٢٠ .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف المختطة بأن الالتجاء إلى القضاء رخصة لا ترتب تعويضاً (استئناف مختلط في ٨ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ من ٧٢) ، إلا إذا كان مصحوباً بسوء نية أو بخطأ جسيم (استئناف مختلط في ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ من ٨٤ — وفي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ من ٣١) — ومن الأمثلة على الإجراءات الكيدية الاستئناف الكيدى (استئناف مختلط في ١٠ يونية سنة ١٩١٤ م ٢٦ من ٤١٥) ، والتأخر إعادة النظر الكيدى (استئناف مختلط في ١٥ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ من ٣١٣) ، ومعارضة الشخص الثالث الكيدية (استئناف مختلط في ١٦ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ من ١٦٢) . وقضت محكمة النقض بأن إنكار الدعوى إن كان في الأصل حقاً لسلك مدعى عليه ، إلا أن هذا الحق ينقلب مغنبة إذا اتهم المدعى عليه مضارة خصمه وتعادى في الإنكار أو غلبه أو تحيل به (نقض مدنى =

كالدعوى والدفع الكيدية (١) ، ودعوى الإفلاس الكيدية (٢) والتنفيذ الكيدى (٣) . ومنها المضار الفاحشة للجوار (٤) . وقد تترتب

في ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ (الحامدة ١٤٤م ١٩٣) - وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن إنكار الأخت لأخيها يعد دفاعاً كيدياً ، فيجزم على الأخت بتعويض الضرر المادى الذى أصاب أخاها من جراء هذا الإنكار وهى المصاريف التى صرفت منه فى سبيل إثبات وراثته ، وتلزم أيضاً تعويض الضرر الأدبى الذى أصاب أخاها بسبب إنكارها (١٢ أبريل سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٩٢) - وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الوارث الذى يغسر دعوى الاستعفاف فى صورة دفع فى معارضة ضد تنبيه بترع الملكية وبدلاً من أن يستأنف برفع دعوى استعفاف مستقلة يكون مشولاً (١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٨) .

(١) أنظر : استئناف مختلط في ٧ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣٦٦ - وفي ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٥ - وفي ١٣ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠١ - وفي ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٢٠ - وفي ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٠ - وفي ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٩٣ - وفي ١١ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٦٥ - وفي ١٨ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٩٢ - وفي ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٢٥ .
(٢) استئناف مختلط في ٤ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٤١ - وفي ٣ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٤٢ .

(٣) وبعد تنفيذاً كيدياً أن ينفذ الدائن على أموال مدنيه بما يزيد كثيراً على الدين ، إذا كانت هذه الأموال نقبل التجزئة بحيث كان يكفى التنفيذ على بعضها (استئناف مختلط في ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٨٩) - وبعد كذلك تنفيذاً كيدياً التنفيذ بمبالغ أكثر من المبالغ المستحقة (استئناف مختلط في ٢٢ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٧) . ويعتبر الدائن الذى ينفذ بحقه مشولاً عن صحة إجراءات التنفيذ ، فإذا أخطأ فيها بما يجعل الزاد باطلاً ، كان مشولاً عن تعويض الراسى عليه الزاد بمقتضى هذا الخطأ التصيرى (استئناف مختلط في ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٤٥ - وفي ٣١ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٧ - وفي ٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٦٠ - وفي ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٩) . كذلك المدين إذا علم أن الشيء المحجوز عليه ليس ملكه ومع ذلك يترك التنفيذ يتم ويغرم الثمن الذى رسا به الزاد من دينه ، فإنه يكون مشولاً (استئناف مختلط في ٩ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٨٢) . ومن الأمثلة على التنفيذ الكيدى المحجز القضاى الكيدى (استئناف مختلط في ٧ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٣٤ - وفي ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٣١ - وفي ١١ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٢٣) ، والمحجز الإدارى الكيدى (استئناف مختلط في ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٨١ - وفي ٦ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٤٦) . والحراسة الكيدية (استئناف مختلط في أول مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٤٧) . ولاستير تنفيذاً كيدياً أن يوقع الدائن المحجز على محمولات المتأجر من المدين بحسن نية ولا يقدم المتأجر ما يبدل على أن المحمولات له (استئناف مختلط في ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٥٥) . أنظر فى حق الادعاء وحق دفع الدعوى وحق الاستعانة بوسائل التنفيذ والصعظ إذا كان استعمال هذه الرخص كيدياً إلى مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٨٦ - فقرة ١٠٢ . (٤) ويلاحظ أن المادة ٨٠٧ من القانون المدنى الجديد رسمت حداً لحق الملكية ، ففقت =

مسئولية الحكومة لأعمال تصدر من موظفيها مخالفه للقانون (١) .

حـ ألا يفلو المالك في استعمال حقه إلى حد يضر ملك الجار، وأن للجار أن يطلب إزالة مضار الجوار إذا تجاوزت الحد المألوف . والخروج على هذا الحد الذى رسمه القانون لحق الملكية بعد خروجها على حدود الحق لا تصفاً في استعماله (قارن مصطفى مرعى بك في المسؤولية المدنية فقرة ١١١ - فقرة ١١٦) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في هذا الصدد بأن الشركة التى تقيم معاصر وآلات في أحياء للسكن تكون مشولة عما يقع من أضرار غير مألوفة (استئناف مختلط في ٢ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا نجم عن تشييد بناء ضرر للعقار المجاور ، فإن صاحب البناء والمقاول والمهندس مسئولون بالتضامن عن الضرر (استئناف مختلط في ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٧٢) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا أنشأت الحكومة محطة من محطات المحارى على قطعة من أملاكها أقلت إدارتها راحة السكان في حى مخصص للسكى ، كان لهؤلاء السكان الحق في الرجوع على الحكومة بالتعويض عما أصابهم وأصاب أملاكهم من أضرار (استئناف مصر الوطنية في ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ الهامة ٢١ رقم ٣٧٦ ص ٨٩١) . وقضت بالألا مسئولية إدارت منازل بجانب معاصر كانت موجودة قبل بناء المنازل (استئناف مصر الوطنية في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٤١ ص ٨٩) .

(١) ومسئولية الحكومة مسئولية تقصيرية لا تخضع للقضاء الإدارى كما قدمنا . ومن ثم لم تقرر مبادئ خاصة بهذه المسئولية الإدارية على غرار المبادئ التى قررها مجلس الدولة في فرنسا وهو مختص بنظر هذا النوع من الأفضية . والقضاء العادى في مصر يطبق في شأن مسئولية الحكومة مسئولية تقصيرية قواعد المسئولية التى ينفذها على الأفراد والمؤسسات الخاصة . ويبدو ذلك بنوع خاص في رفض هذا القضاء تحميل الحكومة تبعه الأضرار العامة التى تقوم بها مصلحة المجموع . وقد وصل مجلس الدولة في فرنسا إلى تحميل الحكومة هذه التبعه ، فلا يشترط خطأ لجعل الحكومة مشولة عن الأضرار التى تقع بسبب ما تقوم به من الأضرار العامة ، وهذا ضرب من التضامن الاجتماعى إذ يعرض المجموع الفرد ما يلحقه من الضرر عن عمل تم لمصلحة المجموع . وتذكر بعضاً من الأحكام التى صدرت من المحاكم الوطنية في مصر في شأن مسئولية الحكومة مسئولية تقصيرية : تقضى جنائى في ٢٧ مايو سنة ١٩٣١ الهامة ١٢ رقم ١٤٨ ص ٢٦٩ (مسئولية الحكومة عن أعمال موظفيها في أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناصبها) - تقضى مدنى في ٢١ يونيو سنة ١٩٣٤ الهامة ١٥ رقم ١/٤٢ ص ٨٣ (مسئولية الحكومة عن إلقاء أجني مجبوساً مدة طويلة بغرض إبعاده) - تقضى مدنى في ٣ يونيو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦١ ص ١٧٠ (عدم مسئولية الحكومة عن ضرر تحقق حصوله من مشروع عام ما دام المشروع قد نفذ بطريقة فنية : ولم ترض المحكمة العليا أن تحمل الحكومة تبعه الأضرار العامة) - تقضى مدنى في ١٦ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٥ ص ٥٠٥ (مسئولية الحكومة عن استيلائها على أرض وسوان قبل نزع ملكيتها) - تقضى مدنى في ٤ ديسمبر سنة ١٩٠١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٧ ص ٣٨٧ (مسئولية الحكومة عن مرض وبائى في الأشجار المفروسة في جوانب الطرق العامة) - تقضى مدنى في ٤ مارس سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر : رقم ٣٣ ص ٦٢ (مسئولية الحكومة عن تثبيت المظاهرات وقتل شخص غير متظاهر) - تقضى =

٢٨ - التعسف في استعمال الحق (*)

(Abus du droit)

٥٥٢ - مسائل مهمات : قدمنا أن الخطأ يكون لا في الخروج عن حدود

— مدني في ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٣ بمجموعة عمر ٤ رقم ٧٤ ص ٢٠٦ (مسئولية الحكومة عن ترعة سبت نشعا) — بل وقد تسأل الحكومة عن عملها غير العادي في قتل التكليف (استئناف مختلط في ٥ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٤٨٠ ص ٩٣٩) — استئناف مصر الوطنية في ٢٦ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ٧ رقم ٣٣ ص ٥٩ (مسئولية الحكومة عن الحوادث التي تقع بسبب مزلفانات السلك الحديدية : أنظر أيضاً في هذه المسألة : استئناف مصر الوطنية في ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٩٠ ص ١٧٥ — وفي ١٨ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٩٠ ص ١١٨٠ — استئناف مختلط في ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٣١٥ ص ٦١٠) — استئناف مصر الوطنية في ١١ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٢٧ ص ٢٣٨ (تخريب وزارة الزراعة الأشجار بطريقة فنية لا يوجب مسئوليتها) — استئناف مصر الوطنية في ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٥٦ ص ٧٢٠ (مسئولية الحكومة عن إعمال قلم المحضرين) — استئناف مصر الوطنية في ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦٤ ص ٥٥٨ (ضرورة عدم مجاوزة المدة اللازمة لإطلاق النار على المتظاهرين) — استئناف مصر الوطنية في ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/١٩٤ ص ١٩٤ (إصابة خفير شخصاً خطأ ببار نارى — أنظر أيضاً استئناف مختلط في ١٩ فبراير سنة ١٩٤٧ ص ٥٩٦ : عسكري يطلق البندقية قبل الإنذار) — استئناف مصر الوطنية في ١٢ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٢٣ ص ٢٩٣ (سحب رخصة آثار مغالط للقانون) — استئناف مصر الوطنية في ٧ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٩٣ ص ١١٨٥ (تفويض الأهالي عن أعمال الوقاية من الفيضان كمقطع جسر النيل وتصريف المياه في أرض الغير) .

(*) بعض المراجع : سالى (في مجلة الدراسات التشريعية Bull. Soc. Et. législatives

سنة ١٩٠٥ ص ٣٢٥) — جوسران في التعسف في استعمال الحقوق سنة ١٩٠٥ — بلانزول (المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٥ ص ١٥٧ وسنة ١٩٠٦ ص ٨٠) — كامبيون (Campion) في نظرية التعسف في استعمال الحقوق بروكسل سنة ١٩٢٥ . جوسران في روح الحقوق وفي نسيبتها سنة ١٩٢٧ — بنسكار (Bonnocase) ملحق بودرى ٣ فقرة ١٨٧ وما بعدها — ريبير في القاعده الأدبية في الالتزامات فقرة ٨٩ وما بعدها ، والنظام الذي قرأ في فقرة ١١٧ وما بعدها — ديموج في الالتزامات ٦ فقرة ٦٣٤ وما بعدها — بلانزول وريبير وإسبان ١ فقرة ٥٧٣ وما بعدها — الرسائل : بوسك (Bosc) مونبيلييه سنة ١٩٠١ — كوربسكو (Corbesco) باريس سنة ١٩٠٣ — سافاتييه (Savatier) پواتييه سنة ١٩١٦ — في القانون المغاير : أحمد فتحي في نظرية التعسف في استعمال الحقوق في الفقه الإسلامي ليون سنة ١٩١٣ — ماركوفتش (Markovitch) ليون سنة ١٩٣٦ — الدكتور السعيد مصطفى السعيد بك في مدى استعمال حقوق الزوجية القاهرة سنة ١٩٣٦ — الفقه المصري : الوجز في النظرية العامة في الالتزامات للمؤلف فقرة ٣٢٢ وما بعدها — مصطفى مرعى بك في المسئولية المدنية فقرة ٧٤ وما بعدها — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك فقرة ٤٥٣ وما بعدها — الدكتور سليمان مرقص في الفعل الضار فقرة ٣٧ وما بعدها .

الرخصة فحسب . ولا في الخروج عن حدود الحق فحسب . بل أيضاً في التعسف في استعمال الحق . وقلنا إن رجال النقة في القرن الماضي كانوا لا يرون أن الشخص يجوز عليه الخطأ وهو يستعمل حقه . ولكن نظرية التعسف في استعمال الحق - وهذا جذور في أعماق الماضي السحيق - ما لبثت أن استقرت في العصر الحاضر . وثبت عليها القضاء . وسلم بها الفقه .

فنحن نتابع هذه النظرية : (١) في تطورها التاريخي إلى أن نصل بها إلى يومنا هذا لئلاها مسجلة في تقنيننا المدني الجديد . (٢) ثم نبحث على أي أساس تقوم النظرية . وبأي معيار تأخذ . (٣) ثم ننظر في حظها من التطبيق العملي في نواحي النشاط المختلفة .

١ - التطور التاريخي لنظرية التعسف في استعمال الحق :

٥٥٣ - نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية قديمة: ليست نظرية

التعسف في استعمال الحق بالنظرية الجديدة أو المتدعة . بل هي نظرية قديمة عرفها الرومان . وانتقلت إلى القانون الفرنسي القديم . وتشعب بها الفقه الإسلامي . ولكنها اختفت ردهاً من الزمن بعد أن فُهِت مبادئ الفردية (individualisme) . وأمعنت الثورة الفرنسية في الأخذ بهذه المبادئ . وبقيت غائبة طوال القرن التاسع عشر . لا تكاد تطل برأسها في بعض أحكام القضاء حتى يتذكرها الفقهاء ، إلى أن قبض الله لها فقيبين من أعلام الفقه الفرنسي ، هما سالي (Saleilles) وجوسران (Josserand) ، فنفضا عنها الأراب ، وأعادا لها الحياة . فما لبثت أن استقرت في النقة بعد أن ثبت عليها القضاء . ثم أخذت بها التقنيات الحديثة . وأصبحت اليوم نظرية ثابتة ، مستقرة لا يستطيع أحد أن يفكر تفكيراً جدياً في الانتقاص عليها .

٥٥٤ - النظرية في القوانين القديمة : قلنا إن القانون الروماني عرف

النظرية . يشهد بذلك ما أورده فقهاء هذا القانون من تطبيقات لها مختلفة . من ذلك أن قرر الفقيه إيلبيان (Ulpian) أن من حفر بئراً في أرضه وتعمق في الحفر حتى قطع العروق النابعة في عين لجاره ، لا يكون مسؤولاً عن تعويض هذا الضرر . ولكنه يكون مسؤولاً إذا كان التعمق في الحفر من شأنه أن يسقط حائط الجار . وقد توسع القانون البيطوري (droit prétoire) في تطبيق

النظرية ، حتى يتخفف من حدة القانون القديم وصرامته (١) .

وانتقلت النظرية إلى القانون الفرنسى القديم بعد إحياء دراسات القانون الرومانى فى العصور الوسطى . وذهب دومو (Domat) فيما يبدو إلى أن الشخص يكون متعسفاً فى استعمال حقه إذا هو قصد الإضرار بالغير أو لم تكن له مصلحة فى استعماله . وكان يرى أن من يباشر إجراءات التقاضى قد يتعسف فى مباشرتها فتتحقق مسئوليته (٢) .

ولم يكن الفقه الإسلامى ، وهو الفقه المشبع بروح دينية سامية تنهى عن التعسف وتأمّر بالرفق والإحسان ، بأقل توسعاً من القانون الرومانى فى الأخذ بنظرية التعسف فى استعمال الحق (٣) . بل إن القانون المدنى الجديد قد حرص على أن ينتفع فى صياغة النص الذى أورده فى هذه النظرية بالقواعد التى استقرت فى الفقه الإسلامى ، واستمد من هذا الفقه الضوابط التى اشتمل عليها النص (٤) .

٥٥٥- الثورة الفرنسية والتفكير المدنى الفرنسى : كان هذا العهد

مشعباً بروح الفردية كما قدمنا ، ينادى بحقوق الإنسان ، ويجعل منها حقوقاً مطلقة مقدسة . فلم تكن هناك حدود جدية تقيد من حرية الإنسان فى استعمال حقه ما دام لا يتجاوز الحدود المادية لهذا الحق . فانتكست النظرية فى ذلك العهد وفيما تلاه من العهود طوال القرن التاسع عشر . ولم يتحدث عنها أحد من الفقهاء . وساعد على ذلك أن مبدأ تحريم التعسف فى استعمال الحق ، إذا كان قد عرف منذ القديم فى القانون الرومانى وفى القانون الفرنسى القديم ، كان يتقصه أن يصاغ فى نظرية فقهية شاملة تجمع شتاته . وهذا ما اضطلع به رجال الفقه فى القرن العشرين .

٥٥٦- انتعاش النظرية فى العصر الحاضر : كان للقضاء ثم للفقه فى

(١) أبلتون فى المجلة الدولية للتعليم سنة ١٩٢٤ ص ١٥١ .

(٢) منقول عن مازو ١٠ فقرة ٥٥٦ .

(٣) أنظر فى هذا الموضوع رسالة الرحوم الأستاذ أحمد فتحى فى نظرية التعسف فى استعمال

الحق فى الفقه الإسلامى - الدكتور السيد مصطفى السيد بك فى مدى استعمال حقوق الزوجية .

(٤) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد ١ الباب

التمهيدى ص ٣١ - ص ٣٥ .

فرنسا الفضل في إحياء مبدأ تحریم التعسف واستعمال الحق، فصوغ المبدأ في نظرية عامة شاملة . ما لبثت أن استقرت وأصبحت من أمهات النظريات القانونية .

بدأ القضاء الفرنسي منذ النصف الأخير من القرن التاسع عشر يقرر المبدأ في كثير من الصراحة والوضوح . فهذه محكمة استئناف كولمار (Colmar) تقول في حكمها الصادر في ٢ مايو سنة ١٨٥٥ (١) . وقد أدانت مالكاً أقام فوق سطح منزله مدخنة غرضه الوحيد من إقامتها أن يعجب النور عن جاره ، ما يأتي : « ومن حيث إن المبادئ العامة تقضي بأن حق الملكية هو على وجه ما (en quelque sorte) حق مطاق . يبيح للمالك أن ينتفع بالشيء . وأن يستعمله وفقاً لهواه (abuser) . ولكن استعمال هذا الحق . كاستعمال أى حق آخر ، يجب أن يكون حده هو استيفاء مصلحة جديده مشروعة (intérêt sérieux et légitime) وأن مبادئ الأخلاق والعدالة لتعارض مع تأييد القضاء لدعوى يكون الباعث عليها رغبة شريرة (malveillance) . وقد رفعت تحت سلطان شبهة خبيثة (mauvaise passion) . دعوى لا يبررها أية منفعة شخصية (aucune utilité personnelle) ، وهي تلحق بالغير أذى جسيماً (grave préjudice) » . وفي سنة ١٨٧١ قررت محكمة النقض الفرنسية المبدأ الآتي : « حتى يكون ثمة محل للتعويض يجب أن يكون هناك خطأ . والقانون لا يعتبر الشخص مخطئاً إذا هو عمل ما من حقه أن يعمل ، إلا إذا قصد بالعمل أن يؤذى الغير دون أن تكون له مصلحة في ذلك (pour nuire à autrui et sans intérêt pour lui-même) (٢) » .

ولكن الفقه لم ينجبه إلى هذه الطلائع من أحكام القضاء الفرنسي إلا في أواخر القرن التاسع عشر . فكتب بعض الفقهاء في ذلك (٣) . على أن الفقيهين اللذين قادا الفقه في هذا الميدان ، في مسهل القرن العشرين ، هما كما قدمنا

(١) دالوز ١٨٥٦ - ٢ - ٩ .

(٢) أنظر مازو ١ فقرة ٥٥٧ - تعليق فرون (Ferron) في سيريه ١٩٠٥ -

١٩ - ٢ .

(٣) سنكلت (Saintelute) في كتابه المسؤولية والضمان (Responsabilité et garantie)

- سوزيه (Sauzet) في المجلة الانتقادية للنشرع والقضاء سنة ١٨٨٣ ص ٦١٦ وما بعدها .

سائى وجوسران . واستأثر جوسران بالحلوات الأولى والأخيرة . فوضع منذ سنة ١٩٠٥ مؤلفاً أسماه «التعسف فى استعمال الحقوق» (De l'abus des droits)، جمع فيه أحكام القضاء منسقة، واستخلص منها أصول نظرية عامة فى هذه المسألة، على غرار نظرية سبقها فى القانون الإدارى هى نظرية التعسف فى استعمال السلطة (détournement de pouvoir) (١). ثم كتب فى سنة ١٩٢٧ مؤلفاً آخر أسماه «فى روح الحقوق وفى نسيبها - النظرية المسماة بنظرية التعسف فى استعمال الحق» (De l'esprit des droits et de leur relativité—théorie dite de l'abus des droits)، كان أشمل المؤلفات فى هذه المسألة وأكثرها وضوحاً .

ولم تسلم النظرية من خصوم . وأظهر من ناصب النظرية العداء هو بلانيول الفقيه الفرنسى المعروف . وهو يذهب إلى أن التعسف فى استعمال الحق إنما هو خروج عن الحق ، ويقول فى ذلك : « ينتهى الحق حيث يبدأ التعسف ، ولا يمكن أن يكون ثمة تعسف فى استعمال حق ما . لسبب غير قابل لأن يدحض . هو أن العمل الواحد لا يصح أن يكون فى وقت معاً متفقاً مع القانون ومخالفاً له (٢) » . وظاهر أن النقد شكلى . إذ يكفى لرده أن نقول إن هناك نوعين من الخروج عن الحق : خروجاً صريحاً عن حدود الحق . وخروجاً عن الحق بالتعسف فى استعماله . ولا يعترض بلانيول على امتداد المسؤولية إلى هذا النوع الثانى . وكل ما ينكره هو أن يسمى هذا تعسفاً فى استعمال الحق ولا يسمى خروجاً عن الحق ، لأن التعسف فى رأيه هو خروج عن حدود الحق . فالفرق إذن فى التسمية لا فى الحكم . أما أن العمل الواحد لا يصح أن يكون فى وقت معاً متفقاً مع القانون ومخالفاً له . فهذا لا شك فيه . ولكن يصح أن يكون العمل الواحد متفقاً مع حدود الحق ، ويكون

(١) وقد كان القانون الإدارى طلبية للقانون المدنى فى نظريات ثلاث من النظريات الرئيسية : نظرية التعسف فى استعمال الحق ونظرية المصادرة ونظرية تحمل التبعة .

(٢) وهذا أصل ما كتبه بلانيول : Le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut y avoir usage abusif d'un droit quelconque, pour la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit. (Planiol II no. 841).

في الوقت ذاته مخالفاً للقانون (١).

ومهما يكن من أمر فإن الفقه . منذ صاغ نظرية التعسف ونسق ما بين أجزائها ، أنار السبيل للقضاء . فصار يمشي على هدى . وكثرت الأحكام والتطبيقات القضائية لهذه النظرية الخطيرة . وهكذا أثر القضاء في الفقه ، ثم تأثر به . وما لبث المشرع الفرنسي أن سار هو أيضاً في هذا السبيل ، فسجل النظرية في كثير من تشريعاته المنفرقة (٢) .

وقد أخذت النظرية مكاناً محترماً في التقنينات الحديثة ، حتى سماها القانون المدني السويسري إلى الصادر من نصوصه ، ليجعل منها نظرية عامة تتمشى على جميع نواحي القانون . ولم يقتصر على جعلها تطبيقاً من تطبيقات المسؤولية التقصيرية تذكر في المكان الذي نص فيه على هذه المسؤولية (٣) .

وانتقلت النظرية من الفقه والقضاء الفرنسيين إلى الفقه والقضاء المصريين في ظل القانون القديم . أما التشريع المصري فلم يكن يشتمل على نص عام في الموضوع . وإن كان قد اشتمل على بعض نصوص تطبيقية (٤) .

(١) الموضح في النظرية العامة للالتزامات للدولف فقرة ٣٢٤ — وجاء في هذه الفقرة أيضاً ما يأتي : « أما الذين ينكرون على النظرية أن من معاييرها تلمس الدافع الذي حدا بالشخص على استعمال حقه على النحو الذي اختاره ، وأن الدافع شيء نفسى يتعذر القوس عليه في أعماق الصبر ، فينبغي أن ينتهوا إلى أن هذا النقد لا ينصب على هذه النظرية وحدها ، بل هو يتناول كل معيار شخصي في القانون . والمعايير الشخصية كثيرة . وفي كل وقت يطلب من القاضي أن يطبقها على الأقضية التي تعرض له ، فيبحث عن حسن النية وسوء النية ، وعن الغلط الدافع لمتعاقد ، وعن السبب الدافع كركن من أركان الالتزام ، وعن الفسـاد والتواطؤ في الدعوى البوليصة ، وما إلى ذلك » .

(٢) أنظر في هذه التشريعات المختلفة ما زو ١ فقرة ٥٥٨ .

(٣) وهذا ما جاء في المادة الثانية من القانون المدني السويسري : « يجب على كل شخص أن يستعمل حقوقه وأن يقوم بتنفيذ التزاماته طبقاً للقواعد التي يرسمها حسن النية . أما التعسف الظاهر (abus manifeste) في استعمال الحق فلا يقره القانون » . ونصت المادة ٢٢٦ من القانون الألماني على أنه « لا يجوز استعمال حق لجرح الإضرار بالغير » . ونصت الفقرة الثانية من مشروع الفرنسي الإلجائي على ما يأتي : « يلتزم أيضاً بالتعويض كل من أوقع ضرراً بالغير ، بأن جاوز في استعماله لمحق الحدود التي يقيمها حسن النية أو الفرض الذي من أجله أعطى هذا الحق » . أنظر أيضاً المادة ١٣٥ من قانون الالتزامات البولوني والفقرة الثانية من المادة ١٢٩٥ من القانون النمساوي والمادة الأولى من القانون السويسري .

(٤) مثل ذلك : م ٥٩/٣٨ — ٦٠ مدني قد : « ليس للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط أو نحوه على حدود ماله ولا على أن يعفيه جزءاً من حائطه أو من الأرض التي =

ولكن القانون المدني الجديد احتفل بالنظرية . وعنى بها عناية خاصة . فأحلها مكاناً بارزاً بين نصوصه ، وجعلها نظرية عامة مكانها الباب التمهيدى ، لا المسئولية التقصيرية (١) .

= عليها الحائط المذكور . ومع ذلك ليس لملك الحائط أن يهدمه مجرد إرادته إن كان ذلك يترتب عليه حصول ضرر للجار المستر ملكه بحائطه ما لم يكن هدمه بناء على باعث قوى . - م ١١٥/١٢٠ من قانون المرافعات القديم : « يجوز للمحكمة في جميع الدعاوى أن تحكم بتعويضات في مقابلة المصاريف الناشئة عن دعوى أو مراعاة كان التقصير منها مكيدة الخصم » .

(١) وقد نجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « يد أن المشروع أحل النس الخاص بقرار نظرية التعسف في استعمال الحق مكاناً بارزاً بين النصوص التمهيدية لأن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع . وإذا كان القضاء قد رأى أن يستند في تطبيقها إلى قواعد المسئولية التقصيرية بسبب قصور النصوص ، فهو لم يقصر هذا التطبيق على ناحية معينة من نواحي القانون المدني ، وإنما بسطه على هذه النواحي جميعاً ، بل وعلى نواحي القانون قاطبة ، فهو يجزم بأن النظرية تنطبق على روابط الأحوال الشخصية كما تنطبق على الروابط المالية ، وأنها تسرى في شأن الحقوق العينية سريانها في شأن الحقوق الشخصية ، وأنها لا تقف عند حدود القانون الخاص بل تتجاوزها إلى القانون العام . ولذلك أثار المشروع أن يضع هذه النظرية وضماً عاماً ، محتفياً مثال أحدث التقنيات وأرقاها (أنظر المادة ٢ من التقنين المدنى السويسرى والمادة الأولى من التقنين المدنى السوفيتى) . وقد ساعد على اختيار هذا الملك إقرار الشريعة الإسلامية لنظرية التعسف في استعمال الحق بوصفها نظرية عامة وعناية الفقه الإسلامى بصياغتها صياغة تضارع إن لم تنق في دقتها وإحكامها أحدث ما أسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء العرب . وإزاء ذلك حرص المشروع على أن ينتفع في صياغة النص بالقواعد التى استقرت في الفقه الإسلامى ، وهى قواعد صدر عنها التشريع المصرى في التطبيقين اللذين تقدمت الإشارة إليهما (الواد ٣٨/٥٩ - ٦٠ مدنى و ١١٥/١٢٠ مرافعات) واستلهمها القضاء في كثير من أحكامه (استئناف مختلط في ٦ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ١٨٩ - وفي ٣ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣٥) . ولهذا لم ير المشروع أن ينسج على منوال التقنين السويسرى في النص على أن كل شخص يجب عليه أن يباشر حقوقه ويبنى بالتراماته وفقاً لما يقتضى حسن النية وأن التعسف الظاهر في استعمال حق من الحقوق لا يحده القانون . ولم ير المشروع كذلك أن يختار الصيغة التى آثرها المشرع السوفيتى إذ قضى في السادة الأولى من التقنين المدنى بأن القانون يتكفل بحماية الحقوق المدنية إلا أن تستعمل على وجه يخالف الغرض الاقتصادى أو الاجتماعى من وجودها . وأعرض أيضاً عن الصيغة التى اختارها التقنين اللبنانى (م ١٢٤) وهى لا تعدو أن تكون مزاجاً من نصوص التقنين السويسرى والتقنين السوفيتى . والواقع أن المشرع تحامى اصطلاح « التعسف » لعمته وإبهامه وجانب أيضاً كل تلك الصيغ العامة بسبب غموضها وخلوها من الدقة ، واستمد من الفقه الإسلامى بوجه خاص الضوابط الثلاثة التى اشتمل عليها النص . ومن الحق أن تفصيل الضوابط على هذا النحو يهيئ للقاضى عناصر كافية للاسترشاد ، ولا سيما أنها جميعاً =

ب- الأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق والميعار الذى تأخذ به :

٥٥٧- النصوص القانونية : نصت المادة ٤ من القانون المدنى الجديد

على ما يأتى :

« من استعمال حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر (١) » .

ثم نصت المادة ٥ على ما يأتى :

« يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية :

« (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير » .

« (ب) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب

البته مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها » .

« (ج) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة (٢) » .

وليدة تطبيقات عملية انتهى إليها القضاء المصرى من طريق الاجتهاد وعلى هذا النحو وضع المشروع دستوراً لممارسة الحقوق ألف فيه بين ما استقر من المبادئ فى الشريعة الإسلامية وبين ما انتهى إليه الفقه الحديث فى نظرية التعسف فى استعمال الحق ولا يمكن دون أن يتقيد كل التقيد بمذاهب هذا الفقه . وبذلك أتبع له أن يمكن للزعة الأخلاقية والزعات الاجتماعية الحديثة وأن يصل بين نصوصه وبين الفقه الإسلامى فى أرق نواحيه وأحفلها بمتاصر المرونة والميسرة . (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ١ الباب التمهيدى ص ٣١ - ص ٣٢ وص ٣٥) .

(١) تاريخ النص : لم يكن المادة ٤ مقابل فى المشروع التمهيدى . وقد اقترح فى لجنة المراجعة وضع النص الآتى : « من استعمال حقه استعمالاً جائزاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر » ، ليقرر المبدأ العام الذى يحدد للنص التالى الخامس بالتعسف فى استعمال الحق ، فأقرت اللجنة النص وأصبح رقمه المادة ٤ فى المشروع التام . ووافق مجلس النواب عليه ، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ بعد استبدال كلمة « مشروعاً » بكلمة « جائزاً » ، وبقي رقم النص المادة ٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٩٩ - ص ٢٠٠) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« يصبح استعمال الحق غير جائز فى الأحوال الآتية : (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير (ب) إذا كان متعارضاً مع مصلحة عامة جوهرية (ج) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة ، أو كانت هذه المصالح قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ، أو كان استعمال الحق من شأنه أن يطل استعمال حقوق تعارض معه تعطيلاً يحول دون استعمالها على الوجه المألوف » . وفى لجنة المراجعة عدلت المادة على الوجه الآتى : « يكون استعمال الحق غير جائز فى الأحوال الآتية : (أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير (ب) إذا =

ويلاحظ بادية الأمر أن القانون المدني الجديد . إذا كان قد أثر أن يضع هذه النصوص في الباب التمهيدى لتكون مبدأ من المبادئ الجوهرية التى تسود جميع نواحي القانون ، لم يرد بذلك أن يقيم المبدأ على غير أساسه القانونى . فالتعسف فى استعمال الحق ليس إلا صورة من صور الخطأ التقصيرى على النحو الذى قدمناه . فيدخل بهذا الاعتبار فى نطاق المسؤولية التقصيرية (١) .

٥٥٨ - الأساس القانونى لنظرية التعسف فى استعمال الحق : فالأساس

القانونى لنظرية التعسف فى استعمال الحق ليس هو إذن إلا المسؤولية التقصيرية . إذ التعسف فى استعمال الحق خطأ يوجب التعويض . والتعويض هنا ، كالتعويض عن الخطأ فى صورته الأخرى وهى صورة الخروج عن حدود الحق أو عن حدود الرخصة ، يجوز أن يكون نقداً كما يجوز أن يكون عينياً . وليس التعويض العينى - كالقضاء بهدم المدخنة التى تحجب النور عن الجار - بمخرجه عن نطاق المسؤولية التقصيرية ، فإن التعويض العينى جائز فى الصورة الأخرى من الخطأ كما سترى . ولا نحن فى حاجة إلى القول بأساس مستقل

= كانت المصالح التى يرى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البدع ما يصيب الغير من ضرر بسببها (ج) إذا كانت المصالح التى يرى إلى تحقيقها غير مشروعة . ووافق مجلس النواب على المادة تحت رقم ٥ . ووافقت عليها لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ بعد استبدال كلمة « مشروع » بكلمة « جائز » ، وبقي رقبها ٥ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٠٠ - ص ٢١١) .

(١) وقد ناقشت لجنة مراد سيد أحمد باشا طويلا المكان الذى يوضع فيه النص الخاص بالتعسف فى استعمال الحق . فقال أحد الأعضاء إن نظرية إساءة استعمال الحق إن هى إلا توسع فى فكرة العمل غير المشروع ، ولهذا السبب يكون مكانها المنطقى فى باب الالتزامات بين تلك التى تنشأ عن العمل غير المشروع ، وهذا هو ما أخذت به أحدث التشريعات كالشروع الفرنسى الإيطالى والقانون البولونى والقانون اللبىانى . فقيل ردأ على ذلك إن نطاق تطبيق مبدأ استعمال الحق ليس مقصوراً على الحقوق الناشئة عن التزامات ، بل يمتد إلى كل قانون سواء فى ذلك القانون المدنى أو القانون التجارى أو قانون المرافعات أو القانون العام . فإذا كان هناك نص ينفى بطلانيته أن يدرج بين النصوص التمهيدية فهو ذلك الخاص بإساءة استعمال الحق . وقد أورد التقنين السويسرى نصاً بهذا المعنى فى الباب التمهيدى (م ٢) . أما التقنين الألمانى فقد أفرد لهذا الموضوع نصاً تحت عنوان « فى استعمال الحقوق » (م ٢٦٦) . وإذا كانت بعض التقنينات الحديثة قد أوردت هذا النص فى باب الالتزامات فذلك إلا اضطراباً ، حيث إن هذه التقنينات إنما جاءت خاصة بالالتزامات . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٠٢ - ص ٢٠٤ فى الخامس) .

للتعسف في استعمال الحق يتميز به عن المسؤولية التقصيرية - كما ذهب بعض الفقهاء (١) إلى ذلك - إذا نحن سلمنا يجوز الحكم بتهديد مالى في شأنه (٢) ، فإن التهديد المالى جائز في الالتزام الناشئ عن المسؤولية التقصيرية جوازه في أى التزام آخر (٣) .

ويبين التعسف داخلاً في نطاق المسؤولية التقصيرية حتى لو كان تعسفاً متصلاً بالتعاقد (٤) . فالمؤجر الذى يتمسك بالشروط المانع من الإيجار من الباطن تعسفاً منه تتحقق مسؤوليته التقصيرية . ويكون مسئولاً مسئولية تقصيرية كذلك من تعسف في إنهاء عقد جعل له الحق في إنهائه . كعقد العمل أو عقد الشركة إذا لم تحدد المدة فيهما وكعقد الوكالة .

٥٥٩ - معيار نظرية التعسف في استعمال الحق : فما هو إذن المعيار

الذى يصلح اتخاذه لنظرية التعسف في استعمال الحق ؟ هو دون شك المعيار عينه الذى وضع للخطأ التقصيرى . إذ التعسف ليس إلا إحدى صورته كما قلنا . ففي استعمال الحقوق كما في إتيان الرخص يجب ألا ينحرف صاحب الحق عن السلوك المألوف للشخص العادى . فإذا هو انحرف - حتى لو لم يخرج عن حدود الحق - عد انحرافه خطأ يحقق مسؤوليته .

غير أن الانحراف هنا لا يعتد به إلا إذا اتخذ صورة من الصور التى عددها نص القانون الجديد : (١) قصد الإضرار بالغير . (٢) رجحان الضرر على

(١) أنظر بنكاز ملحق بودرى ٢ فقرة ٢٣٦ - سافاتييه في تعليق له في دالوز

١٩٣٨ - ١ - ٧٣ .

(٢) وذلك كالحكم على من أقام خطاً في ملكه ليجب السور عن جاره بمبلغ من المال يدفعه عن كل يوم يتأخر فيه عن إزالة هذا الحائط .

(٣) مازو ١ فقرة ٥٦٤ هامش رقم ٢ .

(٤) وقد قضت محكمة القس بأن نظرية إساءة استعمال الحق مردها إلى قواعد المسؤولية في القانون المدنى ، لا إلى قواعد العدل والإنصاف المشار إليهما في المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية (القدسة) . فإذا كان الحكم قد أسس قضاءه على تلك النظرية ، فإنه يكون قد أعمل القانون المدنى في الدعوى لقواعد العدل والإنصاف (وكان وجه الطعن هو أن الحكم مخالف للمادة ٢٩ من اللائحة إذ أخذ بنظرية إساءة استعمال الحق على الرغم من صراحة نص العقد في حين أنه لا مجال للاحتداد الاستناد إلى قواعد العدل من كان النص صريحاً) (قضى مدنى في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٤٤ من ٢٥٩) .

المصلحة رجحاناً كبيراً . (٣) تحقيق مصلحة غير مشروعة . ونبحث الآن هذه الصور واحدة بعد الأخرى .

٥٦٠- **قصد الإضرار بالغير** : المعيار هنا ، على الرغم من ذاتيته ، يمكن أن يندرج في المعيار الموضوعي العام للخطأ . فإنه لا يمكن أن يقصد صاحب الحق الإضرار بالغير ، بل يجب فوق ذلك أن يكون استعماله لحقه على هذا النحو مما يعتبر انحرافاً عن السلوك المألوف للشخص العادى . فقد يقصد شخص وهو يستعمل حقه أن يضر بغيره ، ولكن لتحقيق مصلحة مشروعة لنفسه ترجع رجحاناً كبيراً على الضرر الذى يلحقه بالغير . فقصد الإضرار بالغير فى هذه الحالة لا يعتبر تعسفاً ، إذ أن صاحب الحق بهذا التصرف لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص العادى . أما إذا كان قصد إحداث الضرر هو العامل الأسمى الذى غلب عند صاحب الحق وهو يستعمل حقه للإضرار بالغير ، اعتبر هذا تعسفاً ، واول كان هذا القصد مصحوباً بنية جلب المنفعة كعامل ثانوى ، سواء تحققت هذه المنفعة أو لم تتحقق . ويكون تعسفاً ، من باب أولى ، قصد إحداث الضرر غير المقترب بنية جلب المنفعة حتى لو تحققت هذه المنفعة عن طريق عرضى . فلو أن شخصاً غرس أشجاراً فى أرضه بقصد حجب النور عن جاره ، كان متعسفاً فى استعمال حق الملكية حتى لو تبين فيما بعد أن هذه الأشجار قد عادت على الأرض بالنفع .

ويجب أن يثبت الضرر أن صاحب الحق وهو يستعمل حقه قصد إلى إلحاق الضرر به . ويثبت هذا القصد بجميع طرق الإثبات ، ومنها القرائن المادية . ولا يمكن إثبات أن صاحب الحق تصور احتمال وقوع الضرر من جراء استعماله لحقه على الوجه الذى اختاره ، فإن تصور احتمال وقوع الضرر لا يفيد ضرورة القصد فى إحداثه (١) .

(١) فلو أن شخصاً يملك أرضاً لمصيد ، وصاد فيها ، فأصاب شخصاً آخر دون أن يتمد ذلك ، فإنه لا يكون لديه قصد الإضرار بالغير حتى لو ثبت أنه تصور احتمال وقوع هذه الإصابة . ولا يمد هذا الصنف تعسفاً ، لا باعتبار أنه يتطوّل على قصد الإضرار بالغير ، ولا بأى اعتبار آخر ، إذ هو لا يدخل تحت حالة من الحالات الثلاث التى يتحقق فيها التعسف فى استعمال الحق .

بقي أن نعالج فرضاً كثير الوقوع في العمل ، هو ألا يقوم دليل قاطع على وجود القصد في إحداث الضرر ، ولكن الضرر يقع مع ذلك . ويتبين أن صاحب الحق لم تكن له أية مصلحة في استعمال حقه على الوجه الذي أضر فيه بالغير . ونرى أن انعدام المصلحة هنا انعداماً تاماً قرينة على قصد إحداث الضرر . كما يدل الخطأ الجسيم على سوء النية . ولكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس (١) .

٥٦١ - رمح الضرر على المصلحة ربما كان كبيراً : المعيار هنا

موضوعي . وهو محض تطبيق للمعيار الرئيسي في الخطأ . معيار السلوك المألوف للرجل العادي . فليس من المألوف أن الرجل العادي يستعمل حقاً على وجه يضر بالغير ضرراً بليغاً ولا يكون له في ذلك إلا مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع هذا الضرر . ويكفي استعمال الشخص لحقه تعسفاً ، على حد ما جاء في النص ، « إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها » . نقول ليس من السلوك المألوف للشخص العادي أن يفعل ذلك . ومن يفعل ، فهو إما عابت مستهتر لا يبالي بما يصيب الناس من ضرر بليغ لقاء منفعة ضئيلة يضيئها لنفسه ، وإما منطو على نية خفية يضرر الإضرار بالغير تحت ستار من مصلحة غير جديّة أو مصلحة محدودة الأهمية يتظاهر أنه يسعى لها . وفي الحالين قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص العادي . وارتكب خطأ يوجب مسئوليته . وقد طبق المشرع هذا المعيار . إذ جاء في الفقرة الثانية من المادة ٨١٨ من القانون المدني الجديد ما يأتي : « ومع ذلك فليس لمالك الحائط

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديد في هذا الصدد ما يأتي : « وأول هذه المعايير هو معيار استعمال الحق دون أن يقصد من ذلك سبب الإضرار بالغير . وهذا معيار ذاتي استقر الفقه الإسلامي والفقه الغربي والقضاء على الأخذ به . وقد أفرد له التقنين الألماني المادة ٢٢٦ وهي في طليعة النصوص التشريعية التي دعمت أسس نظرية التعسف في استعمال الحق . والجوهري في هذا الشأن هو توافر نية الإضرار ، ولو أفضى استعمال الحق إلى تحصيل منفعة لصاحبه . ویراعى أن القضاء جرى على استغلال هذه النية من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق استمالاً يلعن الضرر بالغير متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك . وقد جرى القضاء أيضاً على تطبيق المسكوك فيه في حالة نفاة المصلحة التي تعود على صاحب الحق في هذه الحالة » (المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديد ١ الباب التهديد من ٣٢ - من ٣٣) .

ان يهدمه مختاراً دون عذر قوى إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه
بالحائط (١) .

٥٦٢- عدم مشروعية المصالح التى يرمى صاحب الحق إلى تحقيقها :

والمعيار هنا هو أيضاً موضوعى ، وإن كان طريق الوصول إليه عاملاً ذاتياً
هو نية صاحب الحق . وهو على كل حال تطبيق سليم لمعيار الخطأ . فليس
من السلوك المألوف للشخص العادى أن يسعى تحت ستار أنه يستعمل حقاً له
إلى تحقيق مصالح غير مشروعة . فرب العمل الذى يستعمل حقه فى فصل
عامل لأنه التحق بنقابة من نقابات العمال . والإدارة التى تفصل موظفاً إرضاء
لفرض شخصى أو لشهوة حزبية . والمالك الذى يضع أسلاكاً شائكة فى حدود
ملكه حتى يفرض على شركة طيران تهبط طائراتها فى أرض مجاورة أن
تشتري منه أرضه بثمن مرتفع ، ومؤجر العقار الذى يتمتع من الترخيص
فى الإيجار من الباطن لمشتري المصنع الذى أقيم على العقار بعد أن اقتضت
الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع وذلك لا توقياً لضرر بل سعيّاً وراء
كسب غير مشروع يجنيه من المشتري (أنظر م ٥٩٤ فقرة ثانية من القانون
المادنى الجديد) - كل هؤلاء يتعسفون فى استعمال حقوقهم ، لأنهم يرمون
من وراء استعمالها إلى تحقيق مصالح غير مشروعة (٢) .

(١) أنظر أيضاً المادتين ٨٢٦ و ١٠٢٩ من القانون المادنى الجديد . وقد جاء فى المذكرة
الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « والثانية حالة استعمال الحق ابتغاء
تحقيق مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . والمعيار فى هذه
الحالة مادى . ولكنه كثيراً ما يتخذ قرينة على توافر نية الإضرار بالغير . وبماير الفقه
الإسلامى فى أخذه بهذا المعيار اتجاه الفقه والقضاء فى مصر وفى الدول الغربية على حد سواء » .
(المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ١ الباب التمهيدى ص ٣٤) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « الأولى
حالة استعمال الحق استعمالاً يرمى إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة . وتعبير المشروع فى هذا المقام
خبر من نص بعض التقنيات على صرف الحق عن الوجهة التى شرع من أجلها . ولا تكون
المصلحة غير مشروعة إذا كان تحقيقها يخالف حكماً من أحكام القانون بحسب ، وإنما يتصل بها
هذا الوصف أيضاً إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام أو الآداب . وإذا كان المعيار فى
هذه الحالة مادياً فى ظاهره ، إلا أن النية كثيراً ما تكون الدالة الأساسية لنى صفة المشروعية
عن المصلحة . وأبرز تطبيقات هذا المعيار فى مناسبات إساءة الحكومة لمواطنيها كمنفصل =

وقد أثر القانون الجديد هذا المعيار على معيارين آخرين شاعتين في الفقه ، أحدهما معيار الغرض غير المشروع (motif illégitime) . والثاني معيار الهدف الاجتماعي (but social) .

أما معيار الغرض غير المشروع فيتلخص في أن صاحب الحق يكون متعسفاً في استعمال حقه إذا كان الغرض الذي يرمى إليه غرضاً غير مشروع^(١) . وظاهر أن معيار «المصلحة غير المشروعة» خير من معيار «الغرض غير المشروع» . وإذا كان كلاهما يؤدي إلى نتيجة واحدة ، فإن معيار «المصلحة غير المشروعة» هو تعبير موضوعي عن المعنى الذاتي الذي ينطوي عليه معيار «الغرض غير المشروع» . فهو إذن أدق من ناحية الانضباط وأسهل من ناحية التطبيق^(٢) .

ومعيار الهدف الاجتماعي يتلخص في أن الحقوق أعطاها القانون لأصحابها لتحقيق أهداف اجتماعية . فكل حق له هدف اجتماعي معين . فإذا انحرف صاحب الحق في استعمال حقه عن هذا الهدف ، كان متعسفاً وحقت مسؤوليته . وعيب هذا المعيار ، بالرغم من كونه موضوعياً ، هو صعوبة تحديد الهدف الاجتماعي لكل حق من الحقوق ، ثم خطر هذا التحديد . أما صعوبة التحديد فلأنه ليس من اليسير أن يرسم لكل حق هدف اجتماعي أو اقتصادي يكون منضبطاً إلى الحد الذي يؤمن معه التحكم ويتق به تشعب الآراء . وأما خطر التحديد فلأن الهدف الاجتماعي هو الباب الذي يفتح على مصراعيه للتدخل منه الاعتبارات السياسية والنزعات الاجتماعية والمذاهب المختلفة ، مما يجعل استعمال الحقوق خاضعاً لوجهات من النظر متشعبة متباينة ، وفي هذا من الخطر ما فيه . أما معيار «المصلحة غير المشروعة» فهو أبعد عن التحكم ، وأدنى إلى الاعتبارات القانونية المألوفة^(٣) .

= الموظفين لإرضاء لغرض شخصي أو شهرة حزبية (استئناف مصر الدوائر المجتمعة في أول مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ ص ٧٥٠) . وأحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد تتفق مع ما استقر عليه الرأي في التقنيات الحديثة والفقه والقضاء . (الذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي الباب التمهيدي ص ٣٣) .

(١) أنظر جوسران ٢ فقرة ٢٩٦ .

(٢) أنظر في قد معيار الغرض غير المشروع مازو ١ فقرة ٥٧٥ .

(٣) أنظر في قد معيار الهدف الاجتماعي مازو ١ فقرة ٥٧٢ .

٥٦٣- معياره في المشروع التمهيدى هذا فى المشروع النهائى :

وقد كان المشروع التمهيدى بضيف إلى المعايير الثلاثة المتقدمة معيارين آخرين :
(١) التعارض مع مصاححة عامة جوهرية . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : «والمعيار الثانى قوامه تعارض استعمال الحق مع مصاححة عامة جوهرية . وهذا معيار ما دى استقاه المشروع من الفقه الإسلامى . وقتلته المجلة من قبل إذ نصت فى المادة ٢٦ على أن الضرر الخاص يتحمل لدفع ضرر عام (أنظر أيضاً المواد ٢٧ و ٢٨ و ٢٩ من المجلة) . وأكثر ما يساق من التطبيقات فى هذا الصدد عند فقهاء المسلمين يتعلق بولاية الدولة فى تقييد حقوق الأفراد صيانة للمصلحة العامة . كمنع اختزان السلع تجنباً لاستغلال حاجة الأفراد إليها خلال الحروب والجوائح . على أن الفكرة فى خصها لا تقف عند حدود هذه التطبيقات . فهى مجرد أمثلة تحتل التوسع والقياس (١) » . ويتبين من ذلك أن المعيار هنا أقرب إلى أن يكون خطة تشريعية يهيج المشرع على مقتضاها فى وضع تشريعات استثنائية تقتضيها ظروف خاصة . من أن يكون معياراً يتخذ القاضى للتطبيق العملى فى الأقضية اليومية . وقد حذف فى المشروع النهائى كما قدمنا .

(٢) التعارض مع حقوق أخرى يعطل استعمالها على الوجه المألوف . فقد كان نص المشروع التمهيدى يجعل استعمال الحق غير مشروع إذا كان هذا الاستعمال « من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلاً يحول دون استعمالها على الوجه المألوف » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى :

« والثالثة حالة استعمال الحق استعمالاً من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلاً يحول دون استعمالها على الوجه المألوف . والمعيار فى هذه الحالة مادى . وإذا كان الفقه الغربى لا يؤكد استقلال هذا المعيار . إذ يلحقه بمعيار انتفاء صفة المشروعية عن المصلحة . أو يجعل منه صورة لمجاوزة حدود الحق بطلق عليها اسم الإفراط . إلا أن الفقه الإسلامى يخصه بكيان مستقل . والقضاء فى

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ١ الباب التمهيدى من ٣٣ - مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٠٩ .

مصر أميل إلى الأخذ بمذهب الفقه الإسلامى (القطارين الجزئية فى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٧٨٣ - استئناف مختلط فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٨). وكانت نخبة قد قننت هذا الفقه ففضت فى المادة ١١٩٨ بأن: «كل أحد له التعلل على حائظ الملك وبناء ما يريد ، وليس بلحاره منعه ما لم يكن ضرره فاحشاً». وعرفت الضرر الفاحش فى المادة ١١٩٩ بأنه : «كل ما يمنع الحوائج الأصلية بعنى المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالكفى أو يضر بالبناء أى يخلب له وهنا ويكون سبب الهدامه». وعقبت على ذلك بتطبيقات مختلفة فى المواد من ١٢٠٠ إلى ١٢١٢ . وقد جرى القضاء المصرى منذ عهد بعيد على الأخذ بهذه المبادئ . ولا سيما فيما يتعلق بصلات الحوار . فقضت محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٣ بأن «الملكية الفردية أيا كانت سعة نطاقها تنفد بواجب الامتناع عن إلحاق أى ضرر جسم بالجار ... ويدخل فى ذلك كل فعل يمنع الجار من تحصيل المنافع الرئيسية من ملكه . وتواترت الأحكام بعد ذلك على تقرير المبادئ ذاتها (١) . ويتبين من ذلك أن هذا المعيار الثانى ليس إلا المعيار الذى يطبق فى حقوق الحوار . وهو معيار «الضرر الفاحش» . وقد حذف فى المشروع البائى لأن مضار الحوار فى القانون المدنى الجديد تخرج عن نطاق نظرية التعسف فى استعمال الحق . فالضرر الفاحش فيما بين الجيران ليس تعسفاً فى استعمال الحق . بل هو خروج عن حدود الحق . وقد رأينا ذلك فيما تقدم (٢) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ١ الباب التمهيدى ص ٣٤ - مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢١٠ .

(٢) أنظر آتياً فقرة ٥٥١ - هذا وقد كان النص الخاص بالتعسف فى استعمال الحق محل مناقشات مسبهة فى لجنتى مراد سيد أحمد باشا وكامل صدق باشا . وقد أقرت لجنة مراد سيد أحمد باشا النص الآتى : « لا يسمح باستعمال الحق إذا تجاوز الحدود التى عليها حسن النية أو يقررها الفرض الذى من أجله وجد هذا الحق » . وفى لجنة كامل صدق باشا اقترح النص الآتى : « لا يكون استعمال الحق مشروعاً إذا جاوز الحدود التى يقضيها حسن النية أو الفرض الذى من أجله تقرر هذا الحق » . وذكر أن هذا النص يكاد يردد حرفياً ما جاءه بالادة ٧٤ فقرة ٢ من المشروع الفرنسى الإبطال والمادة ٣٥ من القانون البولونى والمادة ١٢٤ من القانون البائى . وقال أحد أعضاء اللجنة إنه يبدو من مقارنة وجهات النظر جميعاً أن نظرية إسائة استعمال الحق تخضع لاعتبارين أساسيين : أحدهما نفسى محض وهو نية التدليس التى تصرف العمل المشروع إلى قصد واحد هو الإضرار بالغير ، والثانى مادي يواجه الضرر المناسب

٥٦٤ - معايير التعسف ومعايير الخطأ : ويتبين مما تقدم أن التعسف

في استعمال الحق على الوضع الذي جاء به القانون المدنى الحديد معايير ثلاثة .
نية الإضرار . ورجحان الضرر . والمصلحة غير المشروعة .

ونية الإضرار هى المقابلة للخطأ العمدى . ورجحان الضرر هو المقابل للخطأ الجسيم . والمصلحة غير المشروعة هى المقابلة للخطأ غير الجسيم

فالعمد والخطأ الجسيم متطابقان في صورتي الخطأ : صورة التعسف في استعمال الحق وصورة الخروج عن حدود الحق أو الرخصة . أما الخطأ غير الجسيم . ففي الخروج عن حدود الحق أو الرخصة رأينا أى انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادى . وفي التعسف في استعمال الحق لا يكون الانحراف إلا في حالة واحدة هى أن يرمى صاحب الحق في استعماله لحقه إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة . ومن ثم يكون الخطأ غير الجسيم في التعسف أصيب منه في الخروج عن الحق أو الرخصة . ويرجع السبب في ذلك إلى نصوص القانون التى ضيقت من حدود التعسف (١) . وقد يبرر ذلك أن صورة الخطأ

= عن مباشرة هذا العمل في نطاق يتجاوز الحدود المادية المرسومة له ، وقد اقترح بناء على ذلك النص التالى : « لا يجوز لأحد أن يستعمل حقه دون مصلحة تعود عليه ولجورد قصد الإضرار بالغير » ، فهذا النص يوفق بين الاعتبارين السابق ذكرهما ، ويتضمن الشروط الأربعة المطلوبة وهى : (١) استعمال الحق . (٢) انعدام المصلحة من هذا الاستعمال . (٣) قصد الإضرار (ويستوى معه الخطأ الجسيم) . (٤) الضرر العمل . ورأى أحد الأعضاء أن من الخير عدم استحداث جديد في هذه النظرية وذلك باقتباس نص قائم في أى من التشريعات الحديثة لتجنب المحاكم الوقوع في العثرات التى يهبطها تطبيق نص جديد في مثل هذا الموضوع ، واقترح اقتباس نص المشروع الفرنسى الإبطالى . واقترح أحد الأعضاء النص التالى : « يعد مشغولا كل من تجاوز حدود الفرض الاجتماعى الذى من أجله تقرر الحق » .

وتقدم أحد الأعضاء بنص آخر يجمع بين الفكرة التى عبر عنها القانون المدنى الألمانى وفكرة استعمال الحق بطريقة منافية للفرض الاجتماعى الذى من أجله تقرر الحق ، على النحو الآتى : « تنهى مشروعية استعمال الحق إذا كان من شأنه الإضرار بالغير دون فائدة تعود على من يستعمله ، أو إذا كان مخالفاً لمراعاة الفرض الاجتماعى الذى تقرر من أجله » . ثم اقترح أخيراً الأخذ بالنص الوارد في المشروع التهاى للقانون المدنى الإبطالى وهو : « لا يسوغ لأحد أن يستعمل حقه بطريقة تتعارض والفرض الذى من أجله تقرر له هذا الحق » . فوافقت اللجنة على الأخذ بهذا النص وجعله المادة ٧ من الباب التمهيدى . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٠٤ - ٢٠٨ مر ٣٠٨ في المايش) . (١) وكان القضاء المصرى في عهد القانون القديم يطبق هذه المبادئ قبل أن ترد في نصوص القانون الجديد . من ذلك ما قضته محكمة استئناف مصر الوطنية من أن نظرية الاعتساف =

و التعسف هي صورة مستحدثة ، فيحس عدم التوسع فيها .

ج - تطبيقات مختلفة لنظرية التعسف في استعمال الحق

٥٦٥ - تطبيقات تشريعية وتطبيقية قضائية : تنتشر تطبيقات التعسف

في استعمال الحق في جميع نواحي القانون . وبعض هذه التطبيقات وردت فيها نصوص تشريعية خاصة في القانون المدني الجديد ، فتسرى عليها هذه النصوص بالذات . وبعضها كان ثمرة اجتهاد القضاء المصري في عهد القانون المدني القديم ، ولم يخرج القضاء في تطبيقه لنظرية التعسف عن المبادئ التي قدمناها . فتورد بعضاً من التطبيقات التشريعية وبعضاً من التطبيقات القضائية (١) .

٥٦٦ - تطبيقات تشريعية من نصوص القانون المدني الجديد :

نصت الفقرة الأولى من المادة ١١ على ما يأتي : « الحالة المدنية للأشخاص

في استعمال الحق تسمح بأن يكون لصاحب الحق جواز إنكاره بما يرجع لتقديره هو لظرونة الخاصة به ، إلا إذا استخدم بقصد التشكيل بالغير ولغير غرض جدى شريف يرجوه لنفسه من وراء الإنكار (استئناف مصر في ٢٢ يولية سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٢٢ ص ٤٤٣) . وما قضت به محكمة مصر الكلية الوطنية من أنه لا يجوز استعمال الحق إذا كان الغرض الأساسي منه هو الإضرار بالغير (محكمة مصر الكلية الوطنية في ٣١ مايو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣١ ص ٧٤) . وما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة فيمن اختار عمداً من بين الطرق القانونية الواثية له ما يضر منها بالغير من غير أية فائدة مجتنبها ، فإنه يسيء استعمال حقه ويلزم بالتعويض (استئناف مختلط في ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٣٣ ص ٦٩٨) . وما قضت به هذه المحكمة أيضاً من أن التعسف في استعمال الحق عمل غير مشروع ، إما لأنه قد تم بقصد الإضرار بالغير ، وإما لأنه انحرف عن الغرض الذي أعطى الحق من أجله ، وإما لأنه ألحق بالغير ضرراً جسيماً (استئناف مختلط في ٧ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٥) . هذا وجزء التعسف في استعمال الحق يغلّب أن يكون تعويضاً هدياً . وقد يكون تعويضاً عينياً ، إما بإزالة الضرر بعد أن وقع (هدم المائط الذي يحجب النور مثلاً) ، وإما بمنع الضرر أن يقع (كما إذا كان في التنفيذ العمي إرهاب للمدين ، وتعسف الدائن في المطالبة بهذا التنفيذ في غير مصلحة جدية ، فإنه يمنع من ذلك ويفرض عليه أن يقتصر على تعويض قدى : م ٢٠٣ فقرة ٢) . وسنرى أمثلة أخرى في التطبيقات التشريعية للتعسف .

(١) هذا وكثيراً ما تختلط تطبيقات التعسف في استعمال الحق بتطبيقات الخروج عن حدود الحق أو الرخصة . وقد سبق أن بينا الفرق ما بين الوضعتين .

وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم . ومع ذلك في التصرفات المالية التي تعقد في مصر ، وتترتب آثارها فيها . إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه ، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته . فنقص الأهلية هنا إذا طلب إبطال العقد يكون متعسفاً ، فيرد عليه قصده . ويغرم من الحق في إبطال العقد ، ولا يؤثر هذا السبب الحثي في أهليته . وجزاء التعسف هنا هو منع الضرر من أن يقع .

ونصت الفقرة الأولى من المادة ٤١٠ على ما يأتي : « يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر . على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها » . وهنا أيضاً جزاء التعسف هو منع الضرر من أن يقع .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٦٩٥ في عقد العمل على ما يأتي : « وإذا فسخ العقد بتعسف من أحد المتعاقدين ، كان للمتعاقد الآخر ، إلى جانب التعويض الذي يكون مستحقاً له بسبب عدم مراعاة ميعاد الإخطار ، الحق في تعويض ما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد فسخاً تعسفياً » . وجزاء التعسف هنا تعويض نقدي .

ونصت المادة ٦٩٦ في عقد العمل على ما يأتي : ١٥ - يجوز للحكم بالتعويض عن الفصل ولو لم يصدر هذا الفصل من رب العمل ، إذا كان هذا الأخير قد دفع العامل بتصرفاته ، وعلى الأخص بمعاملته الجائرة أو مخالفته شروط العقد ، إلى أن يكون هو في الظاهر الذي أنهى العقد . ٢ - ونقل العامل إلى مركز أقل ميزة أو ملازمة من المركز الذي كان يشغله لغير ما ذنب جناه ، لا يعد عملاً تعسفياً بطريق غير مباشر إذا ما اقتضته مصلحة العمل ، ولكنه يعد كذلك إذا كان الغرض منه إساءة العامل » . وجزاء التعسف هنا أيضاً تعويض نقدي .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٨١٨ على ما يأتي : « ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوي إن كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط » . ويجوز أن يكون جزاء التعسف هنا هو إزالة الضرر بعد

أن وقع . فيقام الحائط الذى هدمه مالكه تعسفاً من جديد .
ونصت المادة ١٠٢٩ على ما يأتى : «مالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » . والتعسف هنا فى أن يطالب مالك العقار المرتفق بقاء حق الارتفاق بعد أن زالت منفعته . والجراء هو إزالة الضرر عيناً بإنهاء حق الارتفاق (١) .

٥٦٧ - تطبيقات قضائية : والقضاء المصرى فى عهد القانون المدنى القديم عى بالأحكام التى تطبق نظرية التعسف فى استعمال الحق فى نواح مختلفة . ونجزىء هنا بالإشارة إلى بعض منها .

من ذلك التعسف فى استعمال حق الملكية . إذا استعمل المالك حقه بنية الإضرار بالغير . ويؤخذ قرينة على نية الإضرار ألا يكون للمالك نفع ظاهر من استعمال حقه على النحو الذى اختاره مع علمه بالضرر الذى يلحق الغير . فيعتبر متعسفاً المالك الذى يقيم حائطاً فى حدود ملكه يستر النور ويمنع الهواء عن جاره دون نفع ظاهر له (٢) . أما إذا أقام الحائط ليستتر من أن يطل الجار على داره أو على حديقته ، فلا تعسف ولا تعويض (٣) . وإذا استعمل المالك حقه دون حيلة ، فانحرف بذلك عن السلوك المألوف للشخص العادى وأضر بالجار ضرراً بليعاً ، كان مستولاً. مثل ذلك من يبنى فى أرضه فيخالف قواعد فن البناء تقصيراً وإهمالاً فيضر بجاره (٤) . ومثل ذلك أيضاً من يقيم

(١) أنظر فى تطبيقات تشريعية أخرى يتنوع فيها الجزاء : م ١٢٤ (التسك بالغلط على وجه تعارض مع ما يقضى به حسن النية) — م ٥١٦ فقرة ١ (عزل الشريك من الإدارة دون مسوغ) — م ٥٩٤ فقرة ٢ (لجار من الباطن للعقار الذى أنشئ به مصنع أو متجر) — م ٨١٥ (تعليق الحائط المشترك) — م ١٠٢٣ (زيادة عبء حق الارتفاق) — م ١٠٢٤ — م ١٠٢٥ (تجزئة العقار المرتفق والعقار المرتفق به) — م ١٠٩٤ (إقتصاص حق الاختصاص إلى الحد المناسب) — م ١١٠٦ (إدارة المهرمون رهن حيازة لإدارة سيئة) .

(٢) استئناف مختلط فى ١٧ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٢ - وفى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٢٧ .

(٣) استئناف مختلط فى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٤ - وفى ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٤٢ .

(٤) استئناف مختلط فى ١٠ يونية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٠٣ .

في ملكه مدخنة تؤدي الحار وكان يمكنه تجنب هذا الأذى لو أقام المدخنة في مكان آخر (١).

ومن ذلك أيضاً التعسف في استعمال الحق في إنهاء العقد . فرب العمل الذي يفصل عاملاً مدفوعاً في ذلك بعامل الانتقام يكون متعسفاً وتتحقق مسؤوليته التقصيرية (٢).

ومن ذلك أخيراً التعسف في استعمال سلطة الوظيفة . وهو ما يعرف في القانون الإداري بالتعسف في استعمال السلطة (détournement du pouvoir) . فإذا انحرف الموظف في أعمال وظيفته عن مقضي الواجب المفروض عليه ، وصدر تصرفه بقصد الإضرار للأغراض تأيية عن المصلحة العامة . كان متعسفاً في استعمال السلطة وتحققت مسؤوليته (٣) .

المبحث الثاني

الضرر

(Le préjudice)

٥٦٨ - تحديد الموضوع - الأدب : الضرر هو الركن الثاني

- (١) استئناف مختلط في ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٨٠ المجموعة الرسمية للحاكم المختلطة ٦ ص ٨ .
- (٢) استئناف مختلط في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤١ - وانظر أيضاً: استئناف مختلط في ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٤٥ - وفي ١٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٠٨ - وفي ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٩٣ - وفي ٢٥ يونيو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٩١ - وفي ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٢ - وفي ١٢ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٧ .

(٣) قض مدني في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٤ رقم ٣ ص ٣ - وقد يقع التعسف في استعمال السلطة عن طريق قرار إداري يصدر من الموظف ، فيكون باطلاً ويوجب التمويض . وكل من دعوى الإلغاء ودعوى التمويض في هذه الحالة يكون من اختصاص محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة ، ويشترك القضاء العادي مع القضاء الإداري في الاختصاص بنظر دعوى التمويض دون دعوى الإلغاء . وقد يقع التعسف في استعمال السلطة عن طريق عمل مادي ، فيوجب مسؤولية كل من الموظف والحكومة مسؤولية تقصيرية ، ودعوى المسؤولية هنا من اختصاص القضاء العادي وحد .

للمسئولية التتصيرية . فليس يكفي لتحقق المسئولية أن يقع خطأ . بل يجب أن يحدث الخطأ ضرراً (١) . وتكلم هنا في قيام الضرر في الله . أما الكلام في التعويض عن الضرر فحله الفرع الخاص بآثار المسؤولية . والمضروب هو الذي ثبت وقوع الضرر به . ويترفع الضرر واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، ومنها البيئة والقرائن (٢) .

٥٦٩ - الضرر المادي والضرر الأدبي : وقد يكون الضرر مادياً يصيب المضروب في جسمه أو في ماله . وهو الأكثر الظالب . وقد يكون أدبياً يصيب المضروب في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو أى معنى آخر من المعاني التي يحرص الناس عليها . وتكلم في كل من هذين النوعين .

المطلب الأول

الضرر المادي

٥٧٠ - شرطاه : الضرر المادي هو إخلال بمصلحة للمضروب ذات قيمة مالية . ويجب أن يكون هذا الإخلال محققاً . ولا يكفي أن يكون محتملاً يقع أو لا يقع .
فللضرر المادي إذن شرطان : (١) أن يكون هناك إخلال بمصلحة مالية للمضروب . (٢) أن يكون محققاً . ونبحث كلا من هذين الشرطين .

(١) استئناف مختلط في ٢٨ يناير سنة ١٨٨٥ المجموعة الرسمية للعناكم المختلطة ١٠ ص ٤٣ - وفي ٢٢ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٤ - وفي ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤٩ - وفي ٢ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩٣ - وفي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٢٤ - وفي ١٨ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٩٢ - وفي ١١ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥٨ - وفي ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٩٧ - وفي ٤ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٩٩ - وفي ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٤٣ - وفي ٢ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٧٦ - أنظر أيضاً : استئناف وطني في ١٠ يونيو سنة ١٨٩٦ القضاء ٣ ص ٤٠٦ .

(٢) ووسع الضرر مسألة موضوعية لا رقابة فيها لمحكمة التقص . ولكن الشروط الواجب توافرها في الضرر ، وجواز التعويض عن الضرر الأدبي ، وانتقال هذا التعويض إلى الورثة ، كل هذه مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة التقص (الدكتور سليمان مرقس في الفعل الضار ص ٣٠) .

١٤ - الإخلال بمصلحة مالية للمضروب

٥٧١- الضرر بإفلال محي أو بمصلحة: قد تكون المصلحة المالية

للمضروب حقاً أو مجرد مصلحة مالية . ونستعرض كلا من الفرضين .

٥٧٢- الضرر بإفلال محي للمضروب: لكل شخص الحق في السلامة:

سلامة حياته وسلامة جسمه . فالتعدي على الحياة ضرر . بل هو أبلغ الضرر . وإتلاف عضو أو إحداث جرح أو إصابة الجسم أو العقل بأى أذى آخر من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب أو يكبد نفقة في العلاج هو أيضاً ضرر مادي (١) .

والتعدي على الملك هو إخلال بحق ويعتبر ضرراً . فإذا أحرق شخص منزلاً لآخر . أو قلع زراعته . أو خرب أرضه . أو أتلف له مالا كأثاث أو عروض أو غير ذلك . كان هذا ضرراً مادياً أصاب المضروب في حق ثابت له . وكل إخلال بحق مالى ثابت . عينياً كان هذا الحق أو شخصياً . هو ضرر مادي . والأمثلة على ذلك كثيرة نختزى بما قدمناه منها .

وقد يصيب الضرر شخصاً بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصاً آخر . فالقتل ضرر أصاب المقتول في حياته ، وعن طريق هذا الضرر أصيب بصبر أولاد المقتول بحرماتهم من العائل ، وهذا عدا الضرر الأول الذى أصاب المقتول نفسه (٢) . والحق الذى يعتبر الإخلال به ضرراً أصاب الأولاد تبعاً هو حقهم في النفقة قبل أبيهم (٣) . وقد يكون المضروب تبعاً دائئاً للمصاب

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٥ يونية سنة ١٩١٤ الترائع رقم ٤١٢ م ٢٥١ .

(٢) استئناف مختلط في ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ م ٩٧ - وفي ٢٨ يونية سنة

١٩٤٤ م ٥٦ م ٢١٠ .

(٣) ويكفى أن يكون من فقد العائل له حق في النفقة ولو لم يكن يعال بالفعل ، ذلك أن فقد العائل قد أضاع عليه حقاً ثابتاً هو حقه في النفقة . أما إذا كان ليس له حق في النفقة ولكن كان يعال فعلاً ، فسرى أن الضرر الذى يترتب به في هذه الحالة يكون إخلالاً بمصلحة مالية لا إخلالاً بحق ثابت — أما الزوج فلا يطالب بتعويض عن ضرر مادي بسبب موت زوجته لأن الزوج لا يجب له النفقة على زوجته (استئناف مختلط في ١٩ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ م ١٠٦) . ولكن الزوجة تطالب بتعويض عن الضرر المادي لأن لها النفقة على زوجها ، فإذا ما تزوجت ثانية بعد موت زوجها الأول كان هذا محل اعتبار في تقدير التعويض (استئناف مختلط في ٧ =

لا بتفقة ولكن بحق آخر . فالإخلال بهذا الحق يعتبر ضرراً بالتبعية . مثل ذلك دائر يطالب المدين بعمل يستوجب تدخله الشخصى . وقد قتل المدين ، فللدائن مطالبة القاتل بالتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء فقد مدنيه وفوات الفرصة عليه فى تنفيذ العمل . أما إذا كان الدائن يستطيع أن يحصل على حقه من غير تدخل المدين ، فلا يكون ثمة ضرر . ذلك أن التركة إذا كانت موسرة استطاع الدائن أن يتقاضى منها حقه . وإذا كانت معسرة فقد ثبت أن المدين كان معسراً قبل موته ولم يحدث للدائن ضرر بالموت .

٥٧٣- الضرر، إهمول، مصلحة مالية للمضروب : وقد يكون الضرر إخلالاً لا بحق للمضروب ولكن بمجرد مصلحة مالية له . مثل ذلك أن يصاب عامل فيستحق معاشاً عند رب العمل . فيكون المستول عن إصابة العامل قد أصاب رب العمل فى مصلحة مالية له إذ جعله مستولاً عن معاش العامل ،

== أبريل سنة ١٩٤٢ م (٥٤ ص ١٦١) . ولا يتقاضى الوالد تعويضاً عن ضرر ماضى أصابه من موت ولده الصغير إلا إذا كان الوالد يستفيد من عمل ولده (استئناف مختلط فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٣٢ - وفى ٢٣ يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٩٥) - ولا يدخل فى تقدير التعويض ما أخفقه الوالد فى تعليم ابنه المصاب فإن التعليم واجب عليه (استئناف مختلط فى أول مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٧٣) - وانظر عكس ذلك استئناف مختلط فى ٥ يونيو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٢٤) .

والقضاء مضطرب فى جواز الحكم بتعويض عن الضرر الماضى الذى يصيب من فقد العائل (استئناف مختلط فى ٢٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٩٦ - وفى أول يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٩٢ - وفى ١٩ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٩٢ - وفى ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٠٢ - وفى ١١ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢١٨ - وفى ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٥ - وفى ١٧ فبراير سنة ١٩٢٧ م جازيت ١٨ رقم ٢٣٢ ص ٢٩٣) . وهذا الحق ليس ميراثاً يتقاه بل هو حق شخصى له ، فلا يعطى بنسبة النصيب فى الإرث بل بمقدار الضرر الذى وقع (استئناف مختلط فى ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٦ - وفى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٨) . ولا ينتقل حق التعويض إلى ورثة من فقد العائل حتى لو مات هذا بغير دفع الدعوى (استئناف مختلط فى ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٠) . أما إذا ثبت أن أقرب المصاب متفول عن أنه ليس يعلمهم فلا حق لهم فى التعويض : استئناف مختلط فى ١١ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٢٢ (بنت متزوجة) - وفى ٢٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٩٦ (شقيقة تزاول مهنة تستطيع أن تعيش منها) - وفى ١١ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢١٨ (بنت متزوجة وتعيش مستقلة مع زوجها وأولاد بلقوا سن الرشد ومطوفون فى الحكومة ويحبسون مع والدهم ولكنه لا يتفق عليهم بل هم الذين يساعدونه) .

والإخلال بالمصلحة المالية على هذا النحو يعد ضرراً . ومثل آخر للمصلحة المالية التي يصاب فيها المضرور أن يفقد عائلته دون أن يكون له حق ثابت في النفقة . وهذا بخلاف من له حق ثابت في النفقة فإن الضرر يصيبه في حق لا في مصلحة . ويقع ذلك إذا كان شخص يعول أحداً من أقاربه أو ممن يلود به دون أن يلزمه القانون بالنفقة عليه . فمن يعال إذا فقد العائل يكون قد أصيب في مصلحة مالية - لا في حق - . إذا هو أثبت أن العائل كان يعوله فعلاً وعلى نحو مستمر دائم وأن فرصة الاستمرار على ذلك في المستقبل كانت محققة ، فيقدر القاضي ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائلته ويتقضى له بتعويض على هذا الأساس . كذلك الضرر الذي يصيب الخطيبة من فقد خطيبها يقاس بمقدار ما كلفتها الخطبة من نفقات وبمقدار ما ضاع عليها من فرصة في إتمام الزواج ، وهذا أمر يترك تقديره للقاضي (١) .

ويراعى أن المصلحة المالية التي يعد الإخلال بها ضرراً هي المصلحة المشروعة . أما المصلحة غير المشروعة فلا يعتد بها ، ولا يعتبر الإخلال بها ضرراً يستوجب التعويض . فالخيلة لا يجوز أن تطالب بتعويض عن ضرر أصابها بفقد خليلها ، لأن العلاقة فيما بينهما كانت غير مشروعة . أما الولد الطبيعي والأبوان الطبيعيان فيجوز لهم ذلك ، لأن العلاقة فيما بينهم ، وإن كانت قد نشأت عن علاقة غير مشروعة ، هي في ذاتها مشروعة (٢) .

§ ٢ - تحقق الضرر

٥٧٤ - الضرر الحال والضرر المستقبل : ويجب أن يكون الضرر محقق

الوقوع ، بأن يكون قد وقع فعلاً . أو سيقع حتماً (٣) .

(١) أما التعامل مع المصاب ، كالحائث والقصاب والحجاج ، فإن مجرد تعاملهم معه لا يكفي لتوليد مصلحة محققة يكون الإخلال بها ضرراً ، بل يجب أن يكون هناك عقد بينهم وبين المصاب ، فيكون الضرر هو الإخلال بحق نشأ من هذا العقد لا بمصلحة مالية لحب (مارو ١ فقرة ٢٧٧ - ٦) .

(٢) أنظر مازو ١ فقرة ٢٧٧ - ٧ إلى فقرة ٢٩١ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجب بمقتضى القانون لصحة طلب المدعى الذي المحكم له من المحكمة الجنائية بتعويضات مدنية أن يكون الضرر المدعى نائماً على وجه اليقين والتأكد ، واقعاً ولو في المستقبل . ومجرد الادعاء باحتمال وقوع الضرر لا يكفي بالبداية (حضر حائثي =

مثل الضرر الذى وقع فعلاً - وهو الضرر الحال - هو أن يموت المضرور أو يصاب بثلث فى جسمه أو فى ماله أو فى مصلحة مالية له على النحو الذى قدمناه .

ومثل الضرر الذى سيقع حتماً - وهو الضرر المستقبل - هو أن يصاب عامل فيعجز عن العمل ، فيعوض ليس فحسب عن الضرر الذى وقع فعلاً من جراء عجزه عن العمل فى الحال ، بل وعن الضرر الذى سيقع حتماً من جراء عجزه عن العمل فى المستقبل . فإذا كان هذا الضرر يمكن تقديره فوراً قدره القاضى وحكم به كاملاً . أما إذا كان لا يمكن تقديره ، فقد يرجع ذلك إلى أن الضرر يتوقف تقديره على أمر لا يزال مجهولاً . كما إذا أصيب العامل فى ساقه وتوقف تقدير الضرر على ما إذا كانت الساق ستبتئ أو ستبقى . فللقاضى فى هذه الحالة أن يقدر التعويض على كلا الفرضين ويحكم بما قدر ، ويتقاضى العامل التعويض الذى يستحقه وفقاً لأى من الفرضين يتحقق فى المستقبل . وقد يرجع عدم إمكان التقدير فى الحال إلى أن العامل سيقبى عاجزاً عن العمل عجزاً كلياً أو جزئياً طول حياته . ولا يعلم أحد فى أى وقت يموت ، فيجوز للقاضى فى هذه الحالة أن يجعل التعويض إيراداً مرتباً مدى الحياة . وقد يرجع عدم إمكان تقدير الضرر إلى أسباب أخرى . فيجوز للقاضى بعد أن يتقدر الضرر وفقاً لما تبينه من الظروف أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب فى خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير (١) . وقد أشار إلى هذه الفروض

= فى ١٦ بونية سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٢٤١ ص ٧٤٦ . وانظر أيضاً طناً الاستثنائية فى ٤ مايو سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٧٦ ص ٥٠ . وانظر فى القضاء المختلط : استئناف مختلط فى ١٢ مايو سنة ١٨٨٧ بورلى م ١٧٩ رقم ٩ - وفى ١٠ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٧٨ - وفى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٠ - وفى ١٣ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١١٠ - وفى ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٥٣ - وفى ١١ فبراير سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ٦٨ ص ١٥٥ - وفى ٤ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٩٩ - وفى ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٨ - وفى ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٠٧ .

(١) وقد جرى القضاء فى عهد القانون القديم على هذا المبدأ ، فكان يسمح للمضرور أن يطلب تمويشاً مؤقتاً ثم يستكمل به ذلك فى دعوى نالية . وقضت محكمة النفس فى هذا للمعى بما يأتى : إذا دخل شخص مدعياً بحق مدنى أمام محكمة الجنيح طالباً أن يقضى له بمبلغ بصفة تمريض مؤقت عن الضرر الذى أصابه بفعل شخص آخر ، مع حفظ الحق له فى المطالبة بالتعويض الكامل من المثلث عنه بقضية على حدة ، وقضى له بالتعويض المؤقت ، فذلك لا يمنعه من المطالبة بتكملة =

القانون المدني الجديد . فمضى في المادة ١٧٠ بأن «يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١ و ٢٢٢ مراعيًا في ذلك الظروف الملازمة . فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير (١) » . وقضى في الفقرة الأولى من المادة ١٧١ بأن «يعين

= التعويض بعد أن يتبين لمدى الأضرار التي لحقت من الفعل الذي يطلب التعويض بسببه . وقالت المحكمة في أسباب الحكم ما يأتي : « ... أن المظنون ضده إذا كان قد تدخل في دعوى المجنة وطلب فيها خمسة جنيهات تعويضاً عن الحادثة التي يطلب التعويض بسببها الآن ، فلقد حدد قدر التعويض وصفته وأثبتت محكمة الجناح له أنه إنما يطلب تعويضاً مؤقتاً (أي شيئاً بسيطاً مما يستحق له من التعويض) محتفظاً بحقه في طلب التعويض الكامل من المسؤولين عنه بعد أن يبين الزمن مدى الأضرار التي نشأت له من الحادثة .. كل هذا قد بينه الحكم المظنون فيه بصوره على هذا الوضع ، وأكد أن المظنون ضده لم يستد في دعوى المجنة ما كان له من حق فوضوع هذه الدعوى هو إذن غير موضوع الدعوى الأولى ، بل هي تكملته كما قال الحكم المظنون فيه (نقض مدني في ٧ بونية - سنة ١٩٣٤ بمجموعة عمر ١ رقم ١٩٠ ص ٤١٥) . أنظر أيضاً في هذا المعنى : قض مدني في ٢ أبريل سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٥٠ ص ٢٢٢ - قس جنائي في ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٧ رقم ٤٩ ص ٩٨ - المصورة الكلية الوطنية في ١٣ سبتمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٣٠ ص ٣٩٥ - استئناف محتاط في ١٩ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٨٨ - وفي ٢٩ نوفمبر ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٤٠ .

وقد جرت العادة عندما كان القضاء المختلط قائماً ، إذا كانت دعوى المسؤولية من اختصاص الدعوى الجنائية من اختصاص المحاكم الوطنية ، أن يدخل المضرور مدعياً مدنياً في الدعوى الجنائية بمبلغ ضئيل على سبيل التعويض المؤقت ، ثم يرفع دعوى المسؤولية أمام المحاكم المختلطة مطالباً بتعويض كامل (استئناف مختلط في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٧ م ٦٠ ص ٣٣) .

هذا ويراعى أن التعويض المؤقت غير النفقة المؤقتة التي سيأتي ذكرها فيما يلي عند الكلام في تقدير التعويض .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : «وقد لا يتيسر للقاضي أحياناً أن يحدد وقت الحكم مدى التعويض تحديداً كافياً كما هو الشأن مثلاً في جرح لا تستبين عقباه إلا بعد انقضاء فترة من الزمن . فللقاضي في هذه الحالة أن يقدر تعويضاً مؤقتاً بالثبت من قدر الضرر المعلوم وقت الحكم على أن يبيد النظر في قضائه بعد فترة معقولة يتولى تحديدها . فإذا اقضى الأجل المحدد أعاد النظر فيها حكم به ، وقضى للمضرور بتعويض إضافي إذا اقتضى الحال ذلك ، وعلى هذا سار القضاء المصري » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٣) . وقيل في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في صدد الاعتراض على النص بمبدأ قوة الشيء المقضي ما يأتي : « إذا رأى القاضي أن الموقف غير جلي ، واحتفظ في حكمه للمضرور بالرجوع بتعويض تكملي خلال مدة يبينها ، فلا يتناق ذلك مع قاعدة حجية الأحكام » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٤) .

القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف . ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً . ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمينا (١) . وسيأتي تفصيل ذلك عند الكلام في التعويض .

على أن الضرر المستقبل قد لا يكون متوقفاً وقت الحكم بالتعويض فلا يدخل في حساب القاضي عند تقديره . ثم تكشف الظروف بعد ذلك عما تغاقم منه . كأن يكن بصر العامل الذي أصيب في عينه أو أن تؤدي إصابته إلى وفاته . فهنا يجوز للمضروب أو لورثته أن يطالبوا في دعوى جديدة بالتعويض عما استجد من الضرر مما لم يكن قد دخل في حساب القاضي عند تقدير التعويض الأول . ولا يمنع من ذلك قوة الشيء المقضي . فإن الضرر الجديد لم يسبق أن حكم بتعويض عنه أو قضى فيه . ولا يعتبر نزول النقد ظرفاً من شأنه أن يزيد في الضرر . فإذا حكم لشخص بإيراد مرتب تعويضاً عن الضرر الذي وقع به . وقدر الإيراد بمبلغ من النقود . ثم انخفضت قيمة النقد بعد ذلك . فلا يستطيع المضروب أن يطالب بإعادة النظر في تقدير الإيراد . ما لم يكن المبلغ المحكوم به قد روعي فيه أن يكون كافياً لتفقة المضروب . فيجوز عند ذلك زيادة الإيراد أو إنقاذه تبعاً لانخفاض قيمة النقد أو ارتفاعها (٢) . أما إذا كان القاضي قدر قيمة الضرر وحكم بالتعويض وفقاً لهذا التقدير ، ثم تكشف الظروف بعد ذلك عن تناقص الضرر تناقصاً لم يكن متوقفاً ، كأن قضى لعامل بتعويض عن إصابة أدت إلى كف بصره . ثم تبين بعد ذلك أن العامل قد اسرد شيئاً من قوة الإبصار ، فلا يجوز في هذه الحالة أن يعاد النظر في تقدير التعويض لإنقاذه لأن هذا التقدير قد حاز قوة الشيء المقضي (٣) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في صدد هذا النص ما يأتي : « والأصل في التعويض أن يكون مبلغاً من المال ، ومع ذلك يجوز أن تختلف صوره ، فيكون مثلاً إيراداً مرتباً يمنح للعامل تقبده حادثة من حوادث العمل عن القيام بأوده . ويجوز للقاضي في هذه الحالة أن يلزم المدين بأن يقدم تأمينا ، أو أن يودع مبلغاً كافياً لضمان الوفاء بالإيراد المحكوم به . وينبغي التمييز بين التعويض من طريق ترتيب الإيراد وبين تقدير تعويض موقوف مع احتمال زيادته فيما عد بتقدير تعويض إضافي » . (مجموعة الأعمال التوضيحية ٢ ص ٣٩٧) .

(٢) مازو ١ فقرة ٢٢١ .

(٣) مازو ١ فقرة ٢٣٠ .

٥٧٥- الضرر المحتمل : ويجب التمييز بين الضرر المستقبل (préj. futur)

- وهو ضرر محقق يجب التعويض عنه على ما بينا - والضرر المحتمل (préj. éventuel) وهو ضرر غير محقق . قد يقع وقد لا يقع ، فلا يكون التعويض عنه واجباً إلا إذا وقع فعلاً . مثل ذلك أن يحدث شخص بخطفه خلافاً في منزل جاره ، فالضرر المحقق هنا هو ما وقع من هذا الخلل ، ويلتزم المسؤول بإصلاحه . ولكنه لا يلتزم بإعادة بناء المنزل إذا لم يكن من المحتمل أن الخلل سيؤدي إلى الهدامه . ويتربص صاحب المنزل حتى إذا أهدم منزله فعلاً بسبب هذا الخلل ، رجع على المسؤول بالتعويض عن ذلك (١) .

٥٧٦- التعويض عن تفويت الفرصة : كذلك يجب التمييز بين الضرر

المحتمل - وهذا لا يعوض عنه سلى النحو الذى مر - وتفويت الفرصة (perte d'une chance) ويعوض عنه . ذلك أن الفرصة إذا كانت أمراً محتملاً ، فإن تفويتها أمر محقق . وعلى هذا الأساس يجب التعويض . فإذا أهمل محضر فى إعلان صحيفة الاستئناف إلى أن فات ميعاده ، أو قصرت جهة عقدت مسابقة فى إخطار أحد المتسابقين عن ميعاد المسابقة ففاته التقدم إليها ، فإنه إذا كان لا يمكن القول إن المستأنف كان يكسب الاستئناف حتماً لو أنه رفع فى الميعاد ، أو أن المتسابق كان يفوز حتماً فى المسابقة لو أنه تقدم إليها ، فلا يمكن القول من جهة أخرى إن الأول كان يخسر الاستئناف حتماً ، وأن الثانى كان لا يفوز حتماً فى المسابقة . وكل ما يمكن قوله إن كلا منهما قد فوت عليه فرصة الكسب أو الفوز . وهذا هو القدر المحقق من الضرر الذى وقع . وعلى القاضى أن يقدر هذا الضرر ، بأن ينظر إلى أى حد كان الاحتمال كبيراً فى كسب الاستئناف أو فى الفوز فى المسابقة ، ويقضى بتعويض يعدل هذا الاحتمال . والأمر لا شك يتسع فيه مجال الاجتهاد ويختلف فيه التقدير ، وعلى القاضى أن يأخذ بالأحوط وأن يتوقى المبالغة فى تقدير الاحتمال فى نجاح الفرصة (٢) .

ومما جرى به القضاء المصرى التعويض عن تفويت فرصة النجاح فى

(١) أنظر فى عدم جواز التعويض عن ضرر محتمل إلا إذا وقع فعلاً : استئناف مختلط فى ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ م ١٢ - وفى ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ م ٢٧٦ .
(٢) مازو ١٩قرة ٢١٩ .

المطلب الثاني

الضرر الأدبي (*)

٥٧٧- **تحرير الضرر الأدبي: الضرر الأدبي (dommage moral) هو**

الضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله . وقد رأينا أن الضرر الذي يصيب الشخص في حق أو في مصلحة مالية هو ضرر مادي . وعلى النقيض من ذلك الضرر الأدبي ، فهو لا يمس المال ولكن يصيب مصلحة غير مالية . ويمكن إرجاع الضرر الأدبي إلى أحوال معينة:

١ - ضرر أدبي يصيب الجسم . فالجروح والتآف الذي يصيب الجسم والألم الذي ينجم عن ذلك وما قد يعقب من تشويه في الوجه أو في الأعضاء أو في الجسم بوجه عام . كل هذا يكون ضرراً مادياً وأدبياً إذا نتج عنه إتفاق المال في العلاج أو نقص في القدرة على الكسب المادي ، ويكون ضرراً أدبياً فحسب إذا لم ينتج عنه ذلك .

٢ - ضرر أدبي يصيب الشرف والاعتبار والعرض . فالقذف والسب وهتك العرض وإيذاء السمعة بالتقولات والتخريصات والاعتداء على الكرامة . كل هذه أعمال تحدث ضرراً أدبياً إذ هي تضر بسمعة المصاب

= لو أنه استمر في الخدمة حتى بلوغه سن التقاعد ، فإنه يكون متعياً تقضه في هذا الخصوص (نقض مدني في ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ بمجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٨ من ٧٠٩) .
أنظر أيضاً في هذه المسألة : نقض مدني في ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ بمجموعة عمر ٢ رقم ٩٠ من ٢٦٢ - وفي ٢ يونيو سنة ١٩٣٨ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٢٦ من ٣٩٠ .

(*) بعض المراجع : ريبير في القاعدة الأدبية فقرة ١٨١ - دورويل (Dorville) رسالة من باريس سنة ١٩٠١ - أشار (Aehard) رسالة من جنيف سنة ١٩٠٨ - جاند (Gaud) رسالة من باريس سنة ١٩٢٤ - ديوا (Dubois) رسالة من ليون سنة ١٩٣٥ - جيفور (Givord) رسالة من جرينوبل سنة ١٩٣٨ - دلماس (Delmas) رسالة من تولوز سنة ١٩٣٩ . لالو فقرة ١٥٩ وما بعدها - سافاتييه ٢ فقرة ٥٢٥ وما بعدها - ديوج ٤ فقرة ٤٠٢ وما بعدها - مازو ١ فقرة ٢٩٢ وما بعدها - الموجز للدولت فقرة ٣٣٠ - معصاني مرعي بك فقرة ١٢٤ - الدكتور أحمد حشمت أبو سنت بك فقرة ٤٦٧ - فقرة ٤٦٨ - الدكتور سليمان مرقس في العمل الضلوع فقرة ٢٥ .

وتؤذى شرفه واعتباره بين الناس (١).

٣ - ضرر أدبي يصيب العاطفة والشعور والحنان . فانتزاع الطفل من حضن أمه وخطفه ، والاعتداء على الأولاد أو الأم أو الأب أو الزوج أو الزوجة ، كل هذه أعمال تصيب المضرور في عاطفته وشعوره ، وتدخل إلى قلبه الغم والأسى والحزن . ويالحق بهذه الأعمال كل عمل يصيب الشخص في معتقداته الدينية وشعوره الأدبي (٢).

٤ - ضرر أدبي يصيب الشخص من مجرد الاعتداء على حق ثابت له . فإذا دخل شخص أرضاً مملوكة لآخر بالرغم من معارضة المالك ، جاز هذا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من الضرر الأدبي من جراء الاعتداء على حقّه . حتى لو لم يصبه ضرر مادي من هذا الاعتداء .
وينبغي في جميع هذه الأحوال أن يكون الضرر الأدبي . كالضرر المادي . ضرراً محققاً غير احتمالي .

٥٧٨ - الضرر الأدبي قابل للتعويض : والضرر الأدبي على النحو

الذي قدمناه قابل للتعويض بالمال . وقد كان القانون الروماني يقر أحوالاً كثيرة يعرض فيها عن الضرر الأدبي في كل من المسئولين التقصيرية والعقدية .

وتلاه القانون الفرنسي القديم ، فأجاز التعويض عن الضرر الأدبي . وقصر ذلك على المسئولية التقصيرية دون المسئولية العقدية . توهم أن هذا هو حكم

(١) وما يؤذى السمعة أن يذاع عن شخص أنه مصاب بمرض خطير . وقد قضت محكمة مصر السككية الوطنية بأن الأمراض في ذاتها من المورثات التي يجب سترها حتى لو كانت مسجعة ، فإذا عتيا في محافل عامة وعلى جمهرة المستمعين يسىء إلى المرضى إذا ذكرت أسماءهم ، وبالأخص بالنسبة للفتيات لأنه يضع المراقيل في طريق حياتهن ويسكر صفو آمالهن ، وهذا خطأ يستوجب التعويض (١٤ مارس سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ رقم ١١٧ ص ٢٠٢) .

(٢) والإخلال بإقامة الشماثر الدينية يعتبر ضرراً أدبياً . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا تعبد مقاول لوزارة الأوقاف بإصلاح دورة مياه مسجد تابع لها وتأخر في ذلك ، ثم لم يقم إلا ببعضه ، يعتبر المضرر متوفراً لأن الوزارة مسئولة عن إقامة الشعائر ، والتأمين الذي أخذته من المتعهد يصح حقاً مكنباً لها كما شرط في العقد (٣٠ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٥٨ ص ٥٧٥) .

القانون الرومانى . وقد قدمنا أن هذا القانون لا يفرق بين المسئولين في وجوب التعويض عن الضرر الأدبى .

ونصوص القانون الفرنسى الحديث فى عمومها وإصلاحها تسمح بالتعويض عن الضرر الأدبى بقدر ما تسمح بالتعويض عن الضرر المادى . وقد أقر القضاء الفرنسى هذا المبدأ منذ عهد طويل ، ووطده فى أحكام كثيرة (١) أما الفقه الفرنسى فقد انقسم بآدى الأمر إلى فريقين . الفريق الأول رأى أن التعويض عن الضرر الأدبى متعذر إذ أن هذا الضرر بطبيعته غير قابل للتعويض ، وحتى إذا كان قابلاً له فإن التعويض فيه يستعصى على التقدير (٢) . والفريق الآخر ميز بين ضرر أدبى يجوز تعويضه وضرر أدبى لا يجوز فيه التعويض ، واختلقوا فى وضع حد هذا التمييز . ففهم من يقتصر التعويض على الضرر الأدبى الذى يجرى إلى ضرر مادى ، ولا يعرض إلا هذا الضرر المادى وحده (٣) . فهؤلاء إذن لا يعجزون تعويض الضرر الأدبى فى ذاته . ومنهم من يقتصر التعويض على الضرر الأدبى الذى يترتب على جريمة جنائية (٤) . وليس هناك أساس معقول لهذا التمييز . ومنهم من يحجز التعويض فى الضرر الأدبى الذى يصيب الشرف والاعتبار لأنه فى العادة يجرى إلى ضرر مادى ، ولا يعجزه فى الضرر الأدبى الذى يصيب العاطفة والشعور لأنه يتمحض ضرراً أدبياً لا يمتزج به ضرر مادى (٥) . ولكن جمهور الفقهاء فى العهد الأخير يقولون يجوز

(١) وقد استقر القضاء الفرنسى على هذا المبدأ منذ حكم قديم أصدرته محكمة النقض الفرنسية فى ١٥ يونية سنة ١٨٣٣ (سيرة ١٨٣٣ - ١ - ٤٥٨) . وانظر أيضاً : قس فرنسى فى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢١ دالوز ١٩٢٢ - ١ - ١٦٣ - وى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٦ جازيت دى باليه ١٩٣٧ - ١ - ٣٩٩ - وفى ٢٣ يونية سنة ١٩٣٨ جازيت دى باليه ١٩٣٨ - ٢ - ٥٨٦ - محكمة دييجون الاستثنائية فى ٢٥ يولية سنة ١٩٤٦ جازيت دى باليه ١٩٤٦ - ٢ - ٢٠٦ .

(٢) بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٨٧١ - ماسان (Massin) رسالة من باريس سنة ١٨٩٣ - تورنيه (Tournier) رسالة من مونتيلييه سنة ١٨٩٦ - سافى فى القانون الرومانى ص ٣٣٠ وما بعدها .

(٣) مينال (Meynial) فى المجلد الانتخابية سنة ١٨٨٤ - إسمان فى المجلد القضائية للقانون المدنى سنة ١٩٠٣ .

(٤) أوبرى ورو الطبعة الخامسة جزء ٦ فقرة ٤٤٥ ص ٣٤٥ - ص ٣٤٨ .

(٥) مانجان (Mangin) ١ فقرة ١٢٣ - لا بورد (Laborde) فى المجلد الانتخابية سنة

التعويض عن الضرر الأدبي (١) . أما القول بأن طبيعة هذا الضرر لا تقبل التعويض وأن تقدير التعويض فيه مستعص فمبني على لبس في فهم معنى التعويض . إذ لا يقصد بتعويض الضرر محوه وإزالته من الوجود . وإلا فالضرر الأدبي لا يمحى ولا يزول بتعويض مادي . ولكن يقصد بالتعويض أن يستحدث الضرور لنفسه بديلاً عما أصابه من الضرر الأدبي . فالحسارة لا تزول ، ولكن يقوم إلى جانبها كسب يعوض عنها . وعلى هذا المعنى يمكن تعويض الضرر الأدبي . فإن أصيب في شرفه واعتباره جاز أن يعوض عن ذلك بما يرد اعتباره بين الناس ، وإن مجرد الحكم على المسئول بتعويض ضئيل ونشر هذا الحكم لكفيل برد اعتبار المضرور (٢) . ومن أصيب في عاطفته وشعوره إذا حصل على تعويض مالى فتح له المال أبواب المراساة تكفكف من شجنه . والألم الذى يصيب الجسم يسكن من أوجاعه مال يناله المضرور يرفه به عن نفسه . أما تقدير مبلغ التعويض فليس بأشد مشقة من تقدير التعويض في بعض أنواع الضرر المادى . وما على القاضي إلا أن يقدر مبلغاً يكتفى عوضاً عن الضرر الأدبي ، دون غلو في التقدير ولا إسراف .

وفي مصر استقر الفقه (٣) والقضاء (٤) على جواز التعويض عن الضرر

(١) كولان وكابتان ٢ فقرة ١٢٩٨ - بلايول وريبير ٢ فقرة ١٠١٢ وما بعدها - بلايول وريبير وإسمات ١ فقرة ٥٤٦ - جوسران ٢ فقرة ٤٤١ وما بعدها - سوردا ١ فقرة ٣٣ - ديجوج ٤ فقرة ٤٠٢ - لالو فقرة ١٤٩ وما بعدها - سامانتيه ٢ فقرة ٥٢٥ وما بعدها - جاردينا وربنتى فقرة ٩٥ وما بعدها - مازو ١ فقرة ٣٠٤ وما بعدها .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن نشر منطوق الحكم في الصحف يكون تعويضاً كافياً عن الضرر الأدبي الناجم عن «بروستو» كيدى (٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١م ٤٤ ص ٨٢) . وكذلك الحكم بالمصروفات (استئناف مختلط في ١٢ يونيو سنة ١٩٠٢م ١٤ ص ٣٥١) - أو تصحيح الواقعة المكذوبة (استئناف مختلط في أول مارس سنة ١٩٠٥م ١٧ ص ١٤٤) . وبخفت التعويض إهمال المضرور في نشر تكذيب للخبر المنسوب إليه وكان هذا من حقه (استئناف مختلط في ٢٠ مارس سنة ١٩١٣م ٢٥ ص ٢٥٣) .

(٣) الموجز للوقايف فقرة ٣٣٠ - مصطفى مرعى بك فقرة ١٢٤ - الدكتور أحمد حشمت أبو سنيت بك فقرة ٤٦٧ - الدكتور سليمان مرقص في الفعل الضار فقرة ٢٥ .

(٤) كان القضاء الوطنى بإدى الأمر مردداً في تعويض الضرر الأدبي ، فقضت محكمة قضا الاستئنافية بأن الشرف لا يقرم بحال (١١ ديسمبر سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٦ ص ١١) ، وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يستحق تعويضاً أدبياً إلا من اختل نظام معيشته بسبب =

الأدبي . ثم أتى القانون المدنى الجديد فأكد هذا الحكم . إذ نص في المادة ٢٢٢ على ما يأتى :

« ١ - يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضاً . ولكن لا يجوز فى هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بنقضى اتفاق . أو طالب الدائن به أمام القضاء » .

« ٢ - ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب (١) » .

== موت المضرور (٤ يناير سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ٢٤٧) ، ولكنه ما لبث أن استقر على جواز التعويض عن الضرر الأدبى : نقض جئائى فى ٧ يناير سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ١٦٥ - وفى ٢٥ مارس سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٧٥ ص ١٥٦ - وفى ٤ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٣٠ ص ٢٥٦ - وفى ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ الجريدة القضائية عدد ١٥١ ص ٦ - استئناف وطنى فى ٤ يولية سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ١٧١ (مبلغ زهد كعويض رمزى : أنظر فى هذا المعنى أيضاً مصر السكايه الوطنيه فى ١٤ مارس سنة ١٩٤٩ المحاماه ٢٩ رقم ١١٧ ص ٢٠٢) - وفى ٨ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ ص ٨٩ (تستحق الزوجه تعويضاً عن الضرر الأدبى لهجر زوجها لها وهذا غير النفقة) - وفى ١٧ مارس سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١١١ ص ٣٠٣ - وفى ١٣ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٣٥ ص ٧٣ - وفى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٣٢ ص ١٢٢ - وفى ٣١ مايو سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ١٧ ص ٢٥ - وفى ٥ فبراير سنة ١٩٢٧ المحاماه ٧ رقم ٤٩٨ ص ٨٧٣ - وفى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماه ١٢ رقم ٣١٠ ص ٦١٥ - وفى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماه ١٢ رقم ٣١٥ ص ٦٢١ . مجلس حسي عال فى ٢ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ١٠٠ ص ١٨٧ . وميل القضاء الوطنى ألا يجعل التعويض الأدبى سبيلا للأثرأه أو للاستقلال . وكذلك استقر القضاء المختلط على جواز التعويض عن الضرر الأدبى ، على ألا يكون هناك مغالاة فى تقدير التعويض وألا يكون التعويض وسيلة للاستقلال : استئناف مختلط فى ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٢٥ - وفى ٩ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٨ - وفى ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٩٩ - وفى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٦ - وفى ١٢ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٩ - وفى ١٦ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٨ - وفى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٨ رقم ٢٤٩ ص ٣١٨ - وفى ٢٣ يناير سنة ١٩٢٦ م ٤١ ص ٨٩ - وفى ٥ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٢ - وفى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٢١ - وفى ١٥ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٨١ . ولا يجوز أن يكون التعويض عن الضرر الأدبى بمثابة عقوبة (استئناف مختلط فى ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٣٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٣٠٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضاً إذا توافرت الشروط للنصوص عليها فى المادة ٢٣٨ » . وفى -

وعلى هذا المبدأ استقرت التقنيات الحديثة (١).

٥٧٩- من له حق التعويض عن الضرر الأدبي : كل من أصيب

بضرر أدبي له الحق في المطالبة بالتعويض عنه . وقد حددنا فيما تقدم ما هو المقصود بالضرر الأدبي .

فإذا كان الضرر الأدبي هو موت شخص . وجب التمييز بين الضرر الذي أصاب الميت نفسه . ويراد أن ينتقل حق التعويض عنه بموته إلى ورثته . والضرر الذي أصاب أقارب الميت وذويه في عواطفهم وشعورهم الشخصي من جراء موته (٢) .

أما الضرر الذي أصاب الميت نفسه . فلا ينتقل حق التعويض عنه إلى ورثته . ذلك أن التعويض عن الضرر الأدبي لا ينتقل بالميراث - كما سئرى - إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء . وفي حالتنا لا يتصور شيء من ذلك . إذ الضرر الأدبي هو موت الشخص نفسه . فلا يمكن أن يكون التعويض عن هذا الموت قد تحدد بمقتضى اتفاق مع الميت أو طالب به لهذا أمام القضاء .

بقي الضرر الذي يصيب ذوي الميت بطريق مباشر . وهنا عرض النص

== لجنة المراجعة نقل حكم المادة ٢٣٨ إلى هذا المكان وأصبح النص في المشروع النهائي على الوجه الآتي : ١٥ - يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضا ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طوّل به أمام القضاء . ٢ - ويجوز بوجه خاص أن يحكم القاضي للأقارب والأزواج والأصهار بالتعويض عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب . وأصبح رقم المادة ٢٢٩ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص - وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ استبدلت اللمعة عبارة « أو طالب الدائن به أمام القضاء » بعبارة « أو طوّل به » الواردة في الفقرة الأولى . ورؤى تنفيذ الأقارب الذين يحكم لهم بالتعويض عن الضرر الأدبي وقصره على الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية ، وكان النص المروض لا يمنع القاضي من أن يحكم بالتعويض لغير الأقارب والأصهار والأزواج وفي هذا توسع لا تخمد عقابه ، فضلا عن مخالفته الكبيرة لما استقرت عليه الأحكام . وأصبح رقم المادة ٢٢٢ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدّله لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٥٦٦ - من ٥٦٨) .

(١) أنظر المادة ٤٧ من قانون الالتزامات والسببى والمادة ١٣٢٧ من القانون النماوى والمادة ٨٥ من المشروع الفرنسى الإجمالى والمادة ١٣٤ من القانون الليبانى والمادة ١٦٦ من القانون البولونى .

(٢) أنظر في هذا التمييز : سدادات محظوظة في ٣١ ديسمبر ١٩٤٠ م - ٣٠ من ٣٤ .

إلى تحديد من من هؤلاء يجوز الحكم له بالتعويض . فذكر أنه لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية . ويتبين من ذلك أن الحق في المطالبة بالتعويض يقتصر على الزوج الحى وأقارب الميت إلى الدرجة الثانية وهم أبوه وأمه وجدته وأبيه أو لأمه وأولاده وأولاده وأخوته وأخواته . ولا يعطى القاضى تعويضاً لهؤلاء جميعاً إذا وحدوا . بل يعطى التعويض لمن منهم أصابه ألم حقيقى تموت المصاب . والمقصود هنا التعويض عن الضرر الأدبى لا عن الضرر المادى . فهذا الضرر الأخير العبرة فيه بمن له حق النفقة على الميت ومن كان الميت يعوله فعلا كما قدمنا . فإذا كان الأقارب لا تدخل فيمن تقدم ذكرهم . لم يجوز الحكم لهم بتعويض عن الضرر الأدبى مهما كانت دعواهم فيما أصابهم من ألم تموت المصاب . فلا يحكم بتعويض عن الضرر الأدبى لأولاد الأخوة والأخوات ، ولا للأعمام والأخوال والعمات والحالات ، ولا لأولادهم من باب أولى ، ولا للخطيب والخطيبة . ولا للأصدقاء مهما كان الميت قريباً إلى نفوسهم (١) . وظاهر أن خطة القانون الجديد في الضرر الأدبى غير خطته في الإكراه والدفاع

(١) وكان القضاء المصرى في عهد القانون المدنى القديم يجعل حلقة الأقارب أصبى . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من عدا الأب والأم ، كالأخوة والأخوات ، لا يجوز أن يحكم لهم بتعويض عن الضرر الأدبى (٢٥ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١١٧) ، وحتى الأب الذى يهجر ابنه ولا يفكر فيه إلا عند موته المطالبة بتعويض عن الضرر الأدبى ، لا يحق له هذا الطلب (استئناف مختلط في أول يولية سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٤٩) . أنظر أيضاً في هذه المسألة : استئناف مختلط في ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٢٥ — وفي ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٤١ — وفي ٢١ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٩٥ — وفي ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٨٠ — وفي ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٠٢ — وفي ٢١ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٦٠ (الابن الصغير دون الزوج أو الأب) — وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٩٩ — وفي ٥ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٠٩ (لا تعويض للأخوة لألم) — وفي ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٨ — بحكمه مصر الكلية المختلطة في ٢٧ يناير سنة ١٩١٩ جازيت ٩ رقم ٧٤ ص ١١١ (الأمسول والعروغ دون الحوانى) .

وكان المشروع التهاجر تنبع فيه حلقة الأقارب والأصهار ، فضيقت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ الحلقة على النحو الذى رأيناه ، واستندت في ذلك إلى ما استقر عليه القضاء المصرى في عهد القانون المدنى القديم (أنظر آتاهاً فقرة ٥٧٨ — ومجموعة الأعمال التجميعية ٢ ص ٥٦٨)

الشرعى وحالة الضرورة . حيث حصر الأضرار هنا ولم ينحصرهم هناك . ويرر ذلك الميل إلى حصر نطاق لادعاء بوقوع ضرر أدنى . والحد من التعالاة فى ذلك منعاً للاستغلال .

أما إذا كان المصاب لم يمت . فتعويض ذوبه عن الضرر الأدنى الذى لحقهم بإصابته يجب الأخذ فيه بخير أكبر . وإن كان النص لم يعرض إلا لحالة الموت وترك ما دون ذلك لتقدير القضى . ومن الصعب أن نتصور تعويضاً يعطى عن الضرر الأدنى فى هذه الحالة لغير الأم والأب .

٥٨٠ - متى يمكن انتقال الحق فى التعويض عن الضرر الأدنى :

الأصل فى التعويض عن الضرر الأدنى أنه شخصى مقصور على المضرور نفسه فلا ينتقل إلى غيره بالميراث أو بالعقد أو بغير ذلك من أسباب الانتقال إلا إذا أصبحت مطالبة المضرور به محقة . وقد عرضت المدة ٢٢٢ التى تقدم ذكرها لتحديد ذلك . فذكرت أن انتقال حق التعويض لا يتم إلا بإحدى طريقتين : (الأولى) أن يكون التعويض قد اتفق على مبدئه وعلى مقداره ما بين المضرور والمسئول . فتحدد التعويض على هذا الوجه بمقتضى اتفاق بين الاثنين . (والثانية) أن يكون قد استعصى الاتفاق فلجأ المضرور إلى القضاء وطالب المسئول بالتعويض . أى أنه رفع الدعوى فعلا أمام المحاكم . أما قبل الاتفاق أو المطالبة القضائية فلا ينتقل الحق فى التعويض إلى أحد . فإذا مات المضرور قبل ذلك فلا ينتقل التعويض إلى ورثته ، بل يزول الحق بموته (١) .

وكان القضاء المصرى فى عهد القانون القديم يجرى على مقتضى هذا الحكم (٢) . بل إنه تشدد فى آخر ذلك العهد وأصبح لا يكتفى ، إذا لم

(١) وقد تشدد القانون المدنى الجديد فى التعويض عن الضرر الأدنى من ناحيتين : ناحية من له الحق فى المطالبة به . وناحية تقييد انتقاله إلى الغير .

(٢) كان القضاء المصرى يشترط لانتقال حق التعويض عن الضرر الأدنى إلى الورثة أن يكون المورث قد رفع الدعوى (استئناف مختلط فى ١٧ يونية سنة ١٩١٤ جازت ٤ رقم ٢٠٤ م ٤٨٦ - وفى أول ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ م ٣٧ - وفى ١٣ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ م ٢٧٩) . واكتفى حكم فى انتقال التعويض إلى الورثة بأن يكون المني عليه قدم شكواه بأن أثنى أقواله أمام المحقق (بنى سويف فى ٢ مارس سنة ١٩٢٢ الحاماة ٢ رقم ١/١١٥ م ٣٦٢) .

يوجد اتفاق . بينطانية القضائية لانتقال حق التعويض . بل يشترط صدور حكم نهائى يقرر مبدأ التعويض ويعين مقدار (١) .

المبحث الثالث

علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر (*)

(Le lien de causalité)

٥٨١- السببية ركن مستقل : علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر معناها

أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذى ارتكبه المسئول والضرر الذى

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الورثة لا ينتقل إليهم حق مورثهم فى التعويض عن الضرر الأدبى إلا إذا تحدد هذا التعويض قبل موت المورث إما باتفاق مقدم أو بحكم نهائى ، فإذا مات المورث فى أثناء نظر القضية أمام محكمة الاستئناف لم ينتقل حق التعويض إلى الورثة (استئناف مختلط فى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٢٠ - وانظر أيضاً استئناف مختلط فى ١٥ يونية سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٧) .

وإذا اعتبرنا أن القضاء المصرى قد استقر فى عهده الأخير على النحو الذى قدمناه ، فإن القانون الجديد يكون قد استحدث حكماً يقضى بجواز انتقال الحق فى التعويض إلى الورثة بمجرد رفع الدعوى فى حياة المورث دون حاجة إلى صدور حكم نهائى . فإذا وقع الضرر الأدبى قبل نفاذ القانون الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) ، ورفضت الدعوى بعد نفاذه ، ثم مات المورث قبل صدور حكم نهائى ، فإن حق التعويض ينتقل إلى الورثة بفضل الأثر الفورى للقانون (effet immédiat) . وكذلك الحكم إذا رفضت الدعوى قبل نفاذ القانون الجديد ومات المورث بعد نفاذه وقبل صدور حكم نهائى . أما إذا رفضت الدعوى قبل نفاذ القانون الجديد ومات المورث قبل نفاذ هذا القانون أيضاً وقبل صدور حكم نهائى ، فإن حق التعويض لا ينتقل إلى الورثة ، لأن القانون القديم وفقاً لما فسره به القضاء ، هو الذى يسرى فى هذه الحالة .

(*) بعض المراجع : مارتو (Marteau) رسالته من إكس سنة ١٩١٤ - ديموج ٤ فقرة ٣٦٥

وما بعدها - لالو فقرة ٢٤٦ وما بعدها - سافاتيه ٢ فقرة ٤٥٦ وما بعدها - بلانويل وريير وإسمان ١ فقرة ٣٨٠ و ٥٣٨ وما بعدها - وديشيزو (Deschizeaux) رسالته من جريسيون سنة ١٩٣٤ - الدكتور سليمان مرقص رسالة من القاهرة سنة ١٩٣٦ والفعل الضار فقرة ٤٦ وما بعدها - هنرى ولبون مازو ٢٠ فقرة ١٤١٧ وما بعدها - إسمان : مقال فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٤ ص ٣١٦ وما بعدها - مارتى (Marty) مقال فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٩ ص ٦٨٥ وما بعدها - الموجز للمؤلف فقرة ٢٣٣ وما بعدها - مصطفى مرعى بك فقرة ١٣٢ وما بعدها - الدكتور أحمد حشمت أبو سبت بك فقرة ٤٧٥ وما بعدها .

أصحب الضرر . والسببية هي الركن الثالث من أركان المسؤولية ، وهي ركن مشتق عن ركن الخطأ . وآفة ذلك أنها قد توجد ولا يوجد الخطأ ، كما إذا أحدث شخص ضرراً بفعل صدر منه لا يعتبر خطأ وتحقق مسؤوليته على أساس تحمل التبعة . فالسببية هنا موجودة والخطأ غير موجود . وقد يوجد الخطأ ولا توجد السببية . ويسوق أحد الفقهاء (١) لذلك مثلاً : يدس شخص لآخر سما . وقبل أن يسرى السم في جسم المسموم يأتي شخص ثالث فيقتله بـدس . فهنا خطأ دوس السم . وضرر هو موت المصاب . ولكن لا سببية بينهما إذ الموت سببه إطلاق المدس لا دس السم ، فوجد الخطأ ولم توجد السببية . ونورد مثالين آخرين يوجد فيهما الخطأ ولا توجد السببية . بعد أن يتم البيع يكشف المشتري عما عسى أن يثقل العقار الذي اشتراه من رهون . فيبين من الكشف أن العقار غير مرهون . ثم يتضح أن هذا الكشف غير صحيح وأن العقار مثقل برهن . وينزع الدائن المرتهن ملكية العقار . فهنا خطأ وهو الكشف غير الصحيح . وضرر وهو نزع ملكية العقار ، ولكن السببية غير موجودة فإن الكشف غير الصحيح لم يظهر إلا بعد تمام البيع فلم يكن هو السبب في وقوع الضرر . شخص يقود سيارة دون رخصة . ثم يصيب أحد المارة وتكون الإصابة بخطأ يقع من هذا المصاب . فهنا خطأ وهو قيادة السيارة دون رخصة . وضرر وهو إصابة أحد المارة . ولكن الخطأ ليس هو السبب في الضرر بل هناك سبب أجنبي هو خطأ المصاب ، فوجد الخطأ دون أن توجد السببية .

٥٨٢ - اتصال السببية بالضرر : وفي الأمثلة الثلاثة المتقدمة يمكن

القول إن السببية قد انفصلت عن الخطأ كما رأينا . ولكن يراعى ما يأتي : أولاً - الضرر في هذه الأمثلة له سبب آخر غير الخطأ الأول . فالموت في المثل الأول سببه إطلاق المدس لا دس السم . ونزع ملكية العقار في المثل الثاني سببه الرهن لا الكشف غير الصحيح . وإصابة المار في المثل الثالث السبب فيه خطأ هو لا انعدام الرخصة . فالسببية إذا هي انفصلت عن الخطأ ، فإنها تتصل بالضرر .

(١) مارتو (Marteanu) في رسالته « السببية في المسؤولية المدنية » ، إكس سنة ١٩١٤ .

ثانياً - إذا كان الخطأ الأول الذى انزل عن الضرر لا يحقق أية مسئولية .
فذلك لا لأن السببية منعدمة فحسب ، بل أيضاً لأن هذا الخطأ لم ينجم عنه
أى ضرر . فحيث تنعدم السببية ينعدم فى الوقت ذاته الضرر . ومن ههنا
الوجه يكون الضرر والسببية متلازمين .

ثالثاً - إذا قام السبب الأجنبى فإنه لا يعدم علاقة السببية وحدها . بل هو
أيضاً بنى الالتزام القانونى الذى يقضى بعدم الإضرار بالغير والذى يعد
الإخلال به هو الخطأ . ذلك أن الوفاء بهذا الالتزام قد أصبح مستحيلاً لسبب
أجنبى (م ٣٧٣) . فالسبب الأجنبى إذن لا يعدم علاقة السببية وحدها بل
يعدم معها الخطأ (١) .

٥٨٣ - استبعاد السببية عن الخطأ لا يظهر بوضوح إلا حيث يكون الخطأ

مفرضاً : وإذا كانت السببية مستقلة عن الخطأ ، إلا أن هذا الاستقلال لا يظهر
فى جلاء عندما يكون الخطأ واجب الإثبات . ذلك أن المضرور عندما يكلف
بإثبات الخطأ ، يلجأ فى العادة إلى إثبات خطأ يكون هو السبب فى إحداث
الضرر . ومن ثم فإثبات الخطأ يكون فى الغالب إثباتاً لعلاقة السببية . فتستمر
السببية وراء الخطأ ولا يتبين فى وضوح أنها تكن مستقل . وإنما يتضح
استقلالها فى الأحوال التى تقوم فيها المسئولية على خطأ مفترض أو خطأ مفروغ
من إثباته ، كمسئولية الحارس عن الحيوان . فى هذه الحالة الخطأ مفروغ منه
ولا يكلف المضرور إثباته . أما السببية فيمكن فيها بإثبات السبب الأجنبى .
ففيها إذن يتركز النضال ما بين المسئول والمصاب . ومن ثم تبرز هى . ويدور
الإثبات حولها وحدها دون الخطأ .

٥٨٤ - خطأ الجمع : قدمنا أن الخطأ يجب أن يكون هو السبب فى الضرر .

فإذا رجع الضرر إلى سبب أجنبى انعدمت السببية . وتنعدم السببية أيضاً

(١) ومن هنا يصح السؤال عن الفائدة العملية لقيام السببية ركناً مستقلاً عن الضرر وعن
الخطأ . وقد رأينا فى مثل أنها حيث تنعدم تنعدم معها الضرر ، وفى مثل آخر أنها حيث تنعدم
تنعدم معها الخطأ . فلا تنطبق السببية إذن لانعدام السببية وحدها ، بل تارة لانعدامها مع الضرر ،
وطوراً لانعدامها مع الخطأ . وكان يمكن أن يقال إن الضرر أو الخطأ قد انعدم ، ومن ثم انتفت
المسئولية . ولا تبدو السببية ركناً متممراً إلا حين الكلام فى السبب المتع والسبب المباشر .

حتى لو كان الخطأ هو السبب ولكنه لم يكن السبب المنتج . أو كان السبب المنتج ولكنه لم يكن السبب المباشر .
نبحث إذن أمرين : (١) انعدام السببية لقيام السبب الأجنبي (٢) ثم انعدامها لأن السبب غير منتج أو غير مباشر .

المطلب الأول

انعدام السببية لقيام السبب الأجنبي

٥٨٥- النصوص القانونية: تنص المادة ١٦٥ من القانون المدني الجديد

على ما يأتي :

«إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، كحادث مفاجئ ، أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك (١)» .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٣٢ من المشروع التمهيدى مع بعض خلاف في اللفظ . وأقرته لجنة المراجعة بعد تغيير كلمة «الصاب» بكلمة «المضرور» ، وأصبح رقم المادة ١٦٩ في المشروع التام . وأقره مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة حول النص . وكان من رأى أحد الأعضاء أن يكون المبدأ في المسؤولية التقصيرية هو افتراض الخطأ ، وتحمل التبعة ، فلا يستطيع المثل أن يتخلص من المسؤولية إلا إذا نفي علاقة السببية بإثبات السبب الأجنبي . فرد عليه بأنه لا توجد شريعة اتخذت كأساس للمسؤولية مبدأ تحمل تبعة الخطأ والخطأ المفروض فقط ، وإنما يجب إثبات الخطأ لقيام المسؤولية كبدأ عام ، ثم رد استثناءات على هذا المبدأ يؤخذ فيها بالخطأ المفروض . وانتهت اللجنة إلى إقرار النص تحت رقم المادة ١٦٥ . ووافق عليه مجلس الشيوخ - (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٦١ - ص ٣٦٩) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص والنصوص التالية ما يأتي :
«تستظهر المواد من ٢٣٢ إلى ٢٣٥ سلسلة متصلة الحلقات من الأحكام ، تناول تعيين أحوال ارتفاع المسؤولية والتخفيف منها . وقد درج الفقه على التفریق بين أحوال ارتفاع المسؤولية لانعدام رابطة السببية كما هو الشأن في السبب الأجنبي ، وأحوال ارتفاعها بسبب انتهاء الخطأ كما يقع ذلك في حالة الدفاع الشرعى وحالة صدور أمر من رئيس وحالة الضرورة . ومهما يكن من شأن هذه التفرقة فمن الأنسب من الناحية العملية أن تتحدد هذه الأحوال المختلفة في صعيد واحد باعتبار أن فكرة انتهاء المسؤولية تنتظمها جميعاً . ويقع عبء إثبات الخطأ على المضرور . ونسكون القرائن القضائية عادة سبيله إلى التماس الدليل . بل إنه يسوغ لمن أحدث الضرر أن =

فالسبب الأجنبي الذي يعدم رابطة السببية هو كما يقول النص :
(١) القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ (force majeure ou cas fortuit)
(٢) خطأ المضرور (faute de la victime) (٣) خطأ الغير (faute d'un tiers) (١).
ونستعرض كلا من هذه الأسباب الثلاثة (٢).

§ ١ - القوة القاهرة أو الحادث الفجائي

٥٨٦ - القوة القاهرة والحادث الفجائي شيء واحد : قال بعض الفقهاء
إنهما شيان مختلفان . ولكن هؤلاء لا يتفقون على فيصل التفرقة فيما بينهما .
فإنهم من يقول إن القوة القاهرة هي الحادث الذي يستحيل دفعه . أما
الحادث الفجائي فهو الحادث الذي لا يمكن توقعه . فتتوزع بينهما الحصريتان
اللتان سنفصلهما فيما يلي . وهما استحالة الدفع وعدم إمكان التوقع . ويمكن
في نظر هؤلاء أن يكون الحادث مستحيل الدفع أو أن يكون غير ممكن
التوقع . فلا يلزم اجتماع الحصريتين .

ولا يجوز الأخذ بهذا الرأي ، لأن القوة القاهرة يجب أن تكون حادثاً
لا مستحيل الدفع فحسب بل أيضاً غير ممكن التوقع . ولأن الحادث الفجائي
يجب أن يكون حادثاً لا غير ممكن التوقع فحسب بل أيضاً مستحيل الدفع .

ثبت وجود السبب الأجنبي ويعنى بذلك مشولته باستبعاد كل قرينة عليها . وللمحدثين من
الفقهاء تحليل أدق في هذا الشأن . فن رأهم أن المضرور إذا أقام الدليل على المشولية يثبت
الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما ، فلمن أحدث الضرر عندئذ أن يسقط الدليل على علاقة
السببية هذه يثبت السبب الأجنبي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٧ - ص ٣٧٨) .

(١) يكون السبب الأجنبي عادة أحد هذه الأسباب الثلاثة . ولكن هذا البيان لم يرد على
سبيل المصير كما هو واضح من النص . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في
هذا الصدد ما يأتي : « ويكون هذا السبب (الأجنبي) بوجه عام حادثاً غائياً أو قوة قاهرة -
وليس ثمة محل للتفريق بينهما - أو خطأ وقع من المضرور أو من الغير . على أن هذا البيان
غير وارد على سبيل المصير . فقد يكون السبب الأجنبي عيباً لاصقاً بالشئ المثلث أو مراً
خامراً للمضرور . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٨) .

(٢) وقد رأينا في المشولية القدية أن علاقة السببية تنقضي أيضاً بإثبات السبب الأجنبي . وكل
ما استدركه في شأن السبب الأجنبي ، من حادث غائى أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو
خطأ من الغير ، ينطبق في كلا الشواطين : المشولية التقديرية والمشولية القدية .

ولا يكتفى بوجود إحدى هاتين الخصيصتين لانهما رابطة نسبية (١).
ومن الفقهاء من يسلم بوجود اجتماع خصيصتين . ولكن يميز في خصيصة
استحالة الدفع بين ما إذا كانت هذه الاستحالة مطقة فتوجد القوة القاهرة .
أو نسبية فيوجد الحادث الفجائي (٢) . وسرى أن هذا التمييز لا يقوم على أساس
صحيح ، إذ الاستحالة . في كل من القوة القاهرة والحادث الفجائي . يجب
أن تكون استحالة مطقة .

ومن الفقهاء من يقيم التمييز على أساس آخر . فيجعل كلا من القوة القاهرة
والحادث الفجائي حادثاً مستحيل الدفع غير ممكن التوقع . ولكن القوة
القاهرة تكون حادثاً خارجياً عن الشيء الذي تتحقق به المسؤولية كعاصفة
أو زلزال . والحادث الفجائي حادث داخلي ينجم عن الشيء ذاته كأنفجار
آلة أو انكسار عجلة . ثم يجعل القوة القاهرة وحدها هي التي تمنع من تحقق
المسؤولية . أما الحادث الفجائي فلا يمنع من تحققها بل يتحمل المدين تبعته (٣) .
وهذا الرأي لا يجوز التسليم به أيضاً إلا عند من يقولون بنظرية حمل التبعة .
إذ يصح عند هؤلاء أن يكون الشخص مسؤولاً عن الحادث الفجائي دون
القوة القاهرة .

ونرى من ذلك أن التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي لا يقوم على
أساس صحيح . لذلك نقول جمهرة الفقهاء بعدم التمييز بينهما ، وعلى هذا أيضاً
إجماع القضا (٤) .

٥٨٧- الشروط الواجب توافرها في القوة القاهرة والحادث الفجائي :

ويبقى أن نفصل الشروط التي يجب توافرها حتى يكون الحادث قوة القاهرة

(١) رادوان (Radouant) (في الحادث الفجائي والقوة القاهرة باريس سنة ١٩٢٠ من ١٧٣ وما بعدها) ولاية (الحلة الانتقادية سنة ١٨٧٠ من ١١٥) يقولان إن القوة القاهرة والحادث
الفجائي تميزان يكمل أحدهما الآخر ، فالتمييز الأول يبرز خصيصة استحالة الدفع ، والتمييز الثاني
يبرز خصيصة عدم إمكان التوقع ، ولكن لا بد من اجتماع الخصيصتين معاً في الحادث حتى
تعدم السببية . ولكن هذا الرأي يجعل التمييز ما بين القوة القاهرة والحادث الفجائي معدوم
الفائدة من الناحية العملية .

(٢) كولان وكايتان الطبعة المائسة جزء ٢ فقرة ١٢٦ .

(٣) جويران الطبعة الثالثة جزء ٢ فقرة ٤٥١ وما بعدها .

(٤) أظن في هذا المعنى ما زو ٢ فقرة ١٥٥٩ - فقرة ١٥٦١ ومراجع الفقه والقضاء

التي يشير إليها .

أو حادثاً فجائياً . ونص القانون يصف القوة القاهرة والحادث الفجائي بأمرهما سبب أجنبي (cause étrangère) لا يبدل الشخص فيه (non-imputable) . ولكن هذا الوصف في حاجة إلى التحديد . وقد رأينا فيما قدمناه أن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي يجب أن يكون حادثاً غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع (١) . فعدم إمكان التوقع (imprévisibilité) واستحالة الدفع (irrésistibilité) هما الشرطان الواجب توافرهما في القوة القاهرة أو الحادث الفجائي ، وإذا ما توافرا كان الحادث أجنبياً عن الشخص لا بد له فيه . أما العكس فغير صحيح . فقد يكون الحادث أجنبياً عن الشخص لا بد له فيه . ومع ذلك يستطيع توقعه قبل أن يقع ، أو يستطيع دفعه بعد أن وقع .
ونستعرض الآن كلا من الشرطين ، ثم نورد بعض التطبيقات العملية .

٥٨٨-عدم إمكان التوقع : يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي غير ممكن التوقع . فإذا أمكن توقع الحادث حتى لو استحال دفعه . لم يكن قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً . ويجب أن يكون الحادث غير مستطاع التوقع لا من جانب المدعى عليه فحسب ، بل من جانب أشد الناس يقظة وبصراً بالأمور . فالمعيار هنا موضوعي لا ذاتي . بل هو معيار لا يكتفى فيه بالشخص العادي ، ويتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقاً لا نسبياً .
ولا يكون الحادث ممكن التوقع بمجرد أنه سبق وقوعه فيما مضى . فقد يقع حادث في الماضي ، ويبقى مع ذلك غير متوقع في المستقبل ، إذا كان من النادرة بحيث لا يقوم سبب خاص لتوقع حدوثه .
وعدم إمكان التوقع ، في المسؤولية العقدية . يكون وقت إبرام العقد . فتي كان الحادث غير ممكن التوقع وقت التعاقد ، كان هذا كافياً حتى لو أمكن توقعه بعد التعاقد وقبل التنفيذ . أما في المسؤولية التقصيرية فيكون عدم إمكان التوقع وقت وقوع الحادث ذاته (٢) .

٥٨٩-استحالة الدفع : ويجب أيضاً أن تكون القوة القاهرة أو الحادث

(١) ويندرج في شرط استحالة الدفع أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً كما سنرى .
(٢) استئناف مخطوط في ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٩٢ - وفي ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٩ - وفي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١ .

الفجائي مستحيل الدفع . فإذا أمكن دفع الحادث حتى هو استحالة توقعه .
لم يكن قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً . كذلك يجب أن يكون الحادث من شأنه
أن يحمل تنفيذ الالتزام مستحيلاً . وأن تكون الاستحالة ماثمة ، ولا تكون
استحالة بالنسبة إلى المدين وحده ، بل استحالة بالنسبة إلى أى شخص يكون
في موقف المدين (١) . وهذا هو الذى يميز بين نظرية القوة القاهرة ونظرية
الحوادث الطارئة ، فقد رأينا في نظرية الحوادث الطارئة أن تنفيذ الالتزام
يصبح مرهقاً لا مستحيلاً .

و يستوى أن تكون استحالة التنفيذ مادية أو أن تكون معنوية . فإذا استحالة
على المدين معنوياً تنفيذ الالتزام . كما لو كان مغنياً وتعهد بإحياء حفلة غنائية
فمات عزيز عنده يوم الحفلة وكان لذلك في نفسه أثر بالغ يستحيل معه أن يقبل
على الغناء . كان الحادث قوة قاهرة . والقاضى هو الذى يقدر ما إذا كانت
هناك استحالة معنوية . وعليه أن يخطأ في تقدير ذلك (٢) .

٥٩٠ - تطبيقات عملية : ونورد هنا بعض تطبيقات عمالية لحوادث تجمع

بين الشرطين المتقدمين فيصح وصفها بأنها قوة قاهرة أو حادث فجائى .
فالحرب قد تكون قوة قاهرة بما ينجم عنها من أحداث مادية ومن أزمات
اقتصادية . ما دامت مستحيلة الدفع غير متوقعة . والذى يجب أن يستحيل
توقعه ودفعه ليس هو الحرب ذاتها . بل ما خلفته من أحداث واضطرابات .
فإذا هاجم العدو بلداً ، ودخلها فاتحاً . وطرد منها سكانها . كان هذا الحادث
قوة قاهرة تعنى المستأجر من التزاماته المترتبة على عقد الإيجار . والوديع من
التزامه بالمحافظة على الوديعة . والمقاول من التزامات المقاولة . وهكذا .
و شرط ذلك كما قدمنا أن يكون المدين لم يتوقع هذا الغزو ولم يستطع دفعه .
أما إذا كانت الظروف التى تحيط بالمدين تمكنه من اتخاذ احتياطات معقولة
ولم يتخذها . كان هذا خطأ في جانبه يحقق مسؤوليته إذا تسبب عنه ضرر .
وقد تكون الحرب سبباً في تقلب سعر العملة وانقطاع المواصلات وغلاء
الحاجيات والمواد الأولية . فتكون قوة قاهرة ترفع المسؤولية عن المدين في

(١) استئناف مختلط و ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ س ١٥٩ .

(٢) مازو ٢ فترة ١٥٧٠ .

هذه الأحوال .

وكالحرب صبور تشريع أو أمر إدارى واجب التنفيذ (fait du prince) .
أو وقوع زلزال . أو حريق . أو غرق ، أو هبوب عاصفة . أو حدوث
مرض طارىء ، أو إضراب غير متوقع ، أو سرقة . أو تلف . أو نحو ذلك
من الحوادث ما دام شرطاً استحالة التوقع واستحالة الدفع قد توافرا (١) .

وقد تنطوى حوادث السيارات على قوة قاهرة أو حادث فجائى . كما
إذا انفجرت آلة . أو انكسرت عجلة . أو انزلقت السيارة فى أرض زلجة ،
أو اعترضها عقبة مفاجئة . أو بهر بصر السائق نور خاطف . والمهم أن يتوافر
شرطاً استحالة التوقع واستحالة الدفع (٢) .

وذعر حيوان على أثر وقوع صاعقة ، وانسعار الكاب . كل هذا قد
يكون قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً إذا كان غير ممكن التوقع مستحيل الدفع (٣) .

٥٩١- أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائى : وإذا كانت القوة القاهرة

أو الحادث الفجائى هو السبب الوحيد فى وقوع الضرر ، انعدمت علاقة
السببية ، ولا تتحقق المسؤولية كما قدمنا .

وقد يكون من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائى لا الإعفاء من تنفيذ
الالتزام ، بل وقف تنفيذه حتى يزول الحادث ، فيبقى الالتزام موقوفاً على
أن يعود واجب التنفيذ بعد زوال الحادث .

هذا ويجوز للطرفين أن يعدلا باتفاقهما من أثر القوة القاهرة أو الحادث

(١) مازو ٢ فقرة ١٥٧٨ — فقرة ١٥٨٩ .

(٢) مازو ٢ فقرة ١٥٩٩ — فقرة ١٦٠٥ .

(٣) مازو ٢ فقرة ١٦٠٦ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن مسؤولية الحكومة
المصرية عن عدم إمداد أحد المحضرين بالحماية الكافية فى أثناء قيامه بأمورية خطيرة تخضع
للقواعد العامة ، ومن ثم يجب إثبات خطأ فى جانب الحكومة وقيام سببية مباشرة ما بين هذا
الخطأ والضرر الذى أصاب المحضر . ولا يجوز أن يكون الخطأ الذى سبب الضرر مباشرة فى
هذه الحالة هو ما قبل من رفض رئيس البوليس المحلى إعطاء المحضر قوة كافية لحمايته عندما طلب
ذلك ، مادام لم يثبت أن الاعتداء على المحضر ، الذى كان مفاجئاً بقدر ما هو عنيف ، لم يكن
فى هذه الظروف من المستطاع تفاديه (استئناف مختلط فى ٢٩ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص
٢٠٨) .

القجائى ، وبترتب على ذلك أنه يجوز لها أن يتنقا على أن القوة القاهرة أو الحادث القجائى لا يخلى المدين من التزامه . أو أن يتنقا على عدم إخلاء المدين من التزامه عند وقوع حادث معين كالإضراب أو الحرب (١) .

٢ § - خطأ المضرور

٥٩٢ - وضع المسألة : استبعد ضرورة لا محل للكلام فيها لوضوح حكمها :

ألا يقع من المدعى عليه خطأ ما ، ثابت أو مفروض ، ويتبع الضرر بفعل المضرور نفسه . فقد خرجنا هنا عن نطاق المسؤولية التقصيرية . إذ لا يوجد أمامنا مسئول . فالمضرور هو الذى ألحق بنفسه الضرر ، وكان هذا بفعله ، سواء كان هذا الفعل خطأ أو غير خطأ .

وإذاً يكون الكلام فى خطأ المضرور إذا وقع من المدعى عليه خطأ ثابت أو مفروض ووقع فى الوقت ذاته خطأ من المضرور . ويراد أن نعرف أثر خطأ المضرور فى مسؤولية المدعى عليه . ويشترط فى هذه الحالة أن يكون ما وقع من المضرور يعتبر خطأ وأن يكون له شأن فى إحداث الضرر .

أما أن يكون ما وقع من المضرور يعتبر خطأ . فذلك لأن مجرد الفعل الذى يصدر من المضرور ولا يكون خطأ لا يصح أن يكون من شأنه أن يمحو أو يخفف من مسؤولية المدعى عليه . وإلا لاعتذر على المضرور أن يرجع بتعويض كامل عما أصابه من الضرر . فهو إذا دهس القطار أو السيارة قد شارك بفعله فى إحداث هذا الضرر : ألم يمش فى الطريق فدهسته السيارة ! ألم يحاول إدراك القطار فدهسه ! وقل أن يصاب شخص بضرر دون أن يكون لفعل صدر منه دخل فيه ، وإنما يصح أن يؤثر الفعل الصادر من المضرور فى مسؤولية المدعى عليه إذا كان هذا الفعل خطأ . ويقاس الخطأ هنا بمعياره المعروف : انحراف المضرور فى سلوكه عن المألوف من سلوك الرجل المعتاد . وكل ما قيل هناك فى خطأ المسئول يقال هنا فى خطأ المضرور (٢) .

(١) مازو ٢ فقرة ١٦١٥ - فقرة ١٦٢١ . وانظر فقرة ٦٥٤ فيما يلى .
(٢) وإذا كان المدعى عليه أن يحتج بخطأ المضرور على النحر الذى سببه كان له أيضاً أن يحتج بهذا الخطأ على ورتة المضرور . فإذا كان المضرور قد أخطأ ، وكان خلوّه سبباً فى وقوع الحادث أدى انتهى بموته ، كان المدعى عليه أن يحتج بخطأ المضرور على ورتة كما كان =

وأما أن يكون خطأ الضرر له شأن في إحداث الضرر . فذلك لأن المدعى عليه إنما يحتج به لأن له علاقة بالضرر الذي وقع . فلو لم يكن هذا الخطأ شأن في إحداث الضرر لما كان للمدعى عليه أن يحتج به (١) .

فإذا تحقق أن وقع من المدعى عليه خطأ ومن الضرر خطأ آخر ، وكان لكل من الخطأين شأن في إحداث الضرر (٢) . وجب أن نعرف إلى أي

== يستطيع أن يحتج بهذا الخطأ على الضرر منه لو بقي حياً . هذا إذا كان الوارث يرفع دعوى الضرر باعتباره وارثاً . أما إذا تقدم أصيلاً في دعوى المسؤولية باعتبار أنه قد أصابه ضرر مباشر من موت المصاب ، فلا يجوز للمدعى عليه و هذه الحالة أن يحتج عليه بخطأ المصاب إلا بالقدر الذي يستطيع به الاحتجاج بخطأ الغير ، إذ أن الضرر الأصلي في الغرض الذي نحن عده هو الوارث ، والمصاب يعتبر من الغير بالمدينة إليه . ولكن يلاحظ أن الوارث إذا طالب بالتعويض كاملاً ، فإن المدعى عليه من حقه أن يرجع على المصاب في تركته بقدر مسؤوليته ، ويكون الوارث مسؤولاً عن ذلك في حدود نصيبه في التركة . ويلاحظ كذلك أنه يجوز الاحتجاج على الوارث بخطئه هو ، كما لو كان المصاب مثلاً دهسته سيارة والوارث أبوه وقد أخمأ في القيام بواجبه من الرعاية لطفله بتركه آياه دون رقيب .

(١) ولا نعترض هنا لا إذا كان الضرر قد استطاع إثبات أن الضرر ليس له إلا سبب واحد هو خطأ المدعى عليه أو استطاع المدعى عليه إثبات أن فعل الضرر هو وحده سبب الضرر . ففي الحالة الأولى يكون المدعى عليه مسؤولاً عن تعويض الضرر تعويضاً كاملاً ، ولا دخل لفعل الضرر أو لحظته في الضرر الذي حدث . وفي الحالة الثانية يكون فعل الضرر وحده هو السبب فيما أصابه من ضرر ، ولا دخل لخطأ المدعى عليه في هذا الضرر فلا تتحقق مسؤوليته أصلاً .

(٢) ومن التطبيقات القضائية لهذا الوضع ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا لم يقف سائق الترام في المحطة ومع ذلك تساق أحد الركاب على نحو غير مسموح به دون أن يلتفت إليه السائق وعلى غير انتظار ، فأصيب من جراء ذلك ، فإن السائق لا يكون مسؤولاً (استئناف مختلط في ٢٣ يولية سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٣) . أما إذا نزل الراكب عند تهدئة السائق للسير وهو يقترب من محطة إجبارية فإنه لا يرتكب إلا خطأ يسيراً جداً يجبه خطأ السائق إذا كان هذا بعد التهدئة لم يقف ، بل عاود السير بعد أن ترك الركاب يظنون أن هذه التهدئة أمام المحطة الإجبارية سبقتها الوقوف (استئناف مختلط في أول ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢٢) . وفي قضية أخرى هذا السائق من سيره أمام محطة إجبارية ولكنه لم يقف ، وكان أحد الطلبة قد تعلق بمركبة ، وأسرع السائق في السير ، فسقط الطالب بين عجلات الترام ومات في المستشفى ، فاعتبرت المحكمة أن هناك خطأ مشتركاً بين السائق الذي أسرع بعد أن أوهم الناس أنه سيقف في المحطة الإجبارية وبين الطالب الذي تعلق بالمركبة والتزام بسير ولو بعد تهدئة السير (استئناف مختلط في ١٦ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٥٧) . وإذا تمت الإدارة بأعمال حفر في الطريق العام ، خفرت خندقاً في عرض شارع رئيسي ، وأتى راكب الموتوسيكل وهو يعلم بوجود الخندق ولم يقلل السرعة ، كان هناك خطأ مشتركاً ==

حد بوتر خطأ الضرور في المسؤولية التي تحت عر خطأ المدعى عليه . وهنا يجب أن نميز بين ما إذا كان أحد الخطأين قد استنفذ الخطأ الآخر ، أو بقي كل من الخطأين مستقلاً عن الخطأ الآخر فتكون منهما خطأ مشترك .

٥٩٣ - استنفاد أمر الخطأين للخطأ الآخر : إذا استغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر ، لم يكن للخطأ المستغرق من أثر . فإذا كان خطأ المدعى عليه هو الذي استغرق خطأ الضرور ، كانت مسؤولية المدعى عليه كاملة لا يجمعف منها خطأ الضرور . أما إذا كان خطأ الضرور هو الذي استغرق خطأ المدعى عليه . فإن مسؤولية المدعى عليه ترتفع لانعدام رابطة السببية .

ويستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر في حالتين : الحالة الأولى إذا كان أحد الخطأين يفوق كثيراً في جسامته الخطأ الآخر . والحالة الثانية إذا كان أحد الخطأين هو نتيجة الخطأ الآخر .

٥٩٤ - الحالة الأولى - أمر الخطأين بفوق كثيراً في جسامته الخطأ الآخر :

المهم : مهما كان أحد الخطأين يفوق في جسامته الخطأ الآخر . فإنه لا يتصور أن الخطأ الأشد يستغرق الخطأ الأحدث إلا في صورتين : الصورة الأولى هي صورة ما إذا كان أحد الخطأين هو خطأ عمدي . والصورة الثانية هي صورة ما إذا كان أحد الخطأين هو رضاء الضرور بما وقع عليه من الضرر وذلك في بعض الأحوال وهي قليلة .

ففي الصورة الأولى يكون أحد الطرفين ، المدعى عليه أو الضرور ،

== (استئناف مختلط في ٢٥ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ من ١٤٩) .

أنظر أيضاً : استئناف مختلط في ١٥ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ من ١٥٧ (صاحب ماكينة طحين كان من واجبه أن يحتاط فيم إربراً بفصل ما بينه وبين الطريق العام) - وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ من ٢٠٧ (شخص حكم عليه من محكمة غير مختصة فلم يتألف الحكم ورجع على الضامن ، فتسك الضامن بخطأ المدعى في عدم استئناف الحكم) - وفي ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ من ٢١ (أعطى السكاري إشارة البر قبل الأوان ، والفنل لم تحافظ عليه مراقبته ، والخطأ مشترك) - وفي ٢٦ يونيو سنة ١٩٤١ م ٥٣ من ٢٣٨ (خطأ مشترك بين سائق السيارة وأحد المارة) .

أنظر أيضاً في تطبيقات قضائية في فرنسا مازو ٢ فقرة ١٤٧١ - فقرة ١٤٧٤ - :

أراد إحداث الضرر متعمداً ، أما الآخر فصدر منه خطأ غير متعمد . فإذا كان المدعى عليه هو الذى أراد إحداث الضرر متعمداً . كانت مسئوليته متحققة . ووجب عليه تعويض كامل لما أحدثه من الضرر حتى لو كان خطأ المضرور غير المتعمد له دخل فى إحداث الضرر . ذلك أن تعمد المدعى عليه إحداث الضرر هو وحده الذى تقف عنده سبباً لوقوع الضرر ، أما خطأ المضرور فلم يكن إلا ظرفاً استغله المدعى عليه لإتمام قصده من إحداث الضرر . فإذا تعمد سائق السيارة أن يدهس رجلاً مكثوف البصر يسير فى الطريق دون قائد . لم يجز له أن يحتج بخطأ المضرور لتخفيف مسئوليته ، ولا بسمع منه فى معرض الدفاع عن نفسه أن المضرور سار فى الطريق دون قائد وهو مكثوف البصر فيكون قد أخطأ ، ذلك أن السائق تعمد دهس المضرور ولم يكن خطأ المضرور إلا ظرفاً استغله السائق فى إنفاذ نيته . أما إذا كان المضرور هو الذى تعمد إلحاق الضرر بنفسه . استغرق خطؤه خطأ المدعى عليه ، وارتفعت مسؤولية المدعى عليه لانعدام رابطة السببية كما قدمنا . فلو أن شخصاً أراد الانتحار . فاتهز فرصة أن سائقاً يسير بسرعة تجاوز الحد المفروض . فألقى بنفسه أمام السيارة . فهو وحده الخائن على نفسه . ولا يجوز أن يحتج - هو لو نجا أو ورثته لو مات - بأن السائق كان يسير بسرعة فائقة وكان ذلك خطأً . فإن تعمد الانتحار هو وحده الذى تقف عنده سبباً لوقوع الضرر ، أما خطأ المدعى عليه فلم يكن إلا ظرفاً استغله المضرور لتنفيذ قصده (١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المحي عليه تعمد الإضرار بنفسه ، فاتهز فرصة خطأ الجاني واتخذ وسيلة لتنفيذ ما تعمد من إيقاع الضرر بنفسه ، فلا يقضى له تعويض (نقض حائى فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٠١ ص ٨١٥) . وتذكر الحالة لو أن سبباً من المدعى عليه والمضرور قد أراد إحداث الضرر ، كما إذا دفع مصاب بمرض مستعص حبيباً فى أن يخلصه من حياته . وعدنا أنه إذا لم يستغرق خطأ المريض خطأ الطبيب فى هذه الحالة ، وبقي خطأ الطبيب قائماً ، ولم تنف المسئولية عن طريق انتفاء الخطأ ، فإنها تنف عن طريق انتفاء الضرر ، فإن الطبيب لم يحدث ضرراً بمريض خلاصه من حياة شقية .

على أنه إذا استقلت نية المدعى عليه فى إحداث الضرر عن نية المضرور فى إلحاق الضرر بنفسه ، ولم يكن هناك تواطؤ بين الطرفين ، فالظاهر أن خطأ المدعى عليه العمدى هو الذى يبقى دائماً ، وهو الذى يستغرق خطأ المضرور العمدى ، وتحقق مسئولية المدعى عليه كاملة .

وفي الصورة الثانية يكون المضرور قد رضى بما وقع عليه من الضرر .
ويجب بادئ الأمر أن نرسم الدائرة التي يعتبر المضرور في نطاقها راضياً
بالضرر . فرضاء المضرور بالضرر منزلة وسطى بين إرادته إلحاق الضرر
بنفسه ومجرد علمه بالضرر . فقد يرضى المضرور بالضرر ولكنه لا يريد به .
كما يقع ذلك في المباراة . فكل من المتبارزين قد رضى أن يموت أو أن
يخرج ولكنه لا يريد لنفسه هذا الضرر . وقد يعلم المضرور بالضرر
ولكنه لا يرضى به . فمن اشترك في إحدى الألعاب الرياضية يعلم بما عسى
أن ينجم من ضرر عن هذه اللعبة ولكن لا يمكن القول بأنه رضى بهذا الضرر
إلا بقدر ما تنطوى عليه اللعبة في العادة من أخطار . فلعبة الكرة أو «التنس»
لا ينطوى عادة على خطر . فمن اشترك فيه يمكن أن يقال عنه إنه يعلم بالضرر
ولكنه لم يرض به . «البوكس» والمصارعة تنطوى عادة على خطر ، فمن
اشترك فيهما يمكن أن يقال عنه إنه يعلم بالضرر وقد رضى به . وصيد البط
يعلم الصائد فيه بالضرر ولكنه لم يرض به . أما صيد الوحوش المفترسة
فقد علم فيه الصائد بالضرر ورضى به . والذي بعيننا هنا هو أن يكون
المضرور قد رضى بالضرر . فلا يرتفع إلى حد أن يريده ، ولا ينزل إلى
مجرد العلم به . والقاعدة أن رضاء المضرور بالضرر ليس من شأنه أن يزيل
عن فعل المدعى عليه صفة الخطأ . ولا يزال المدعى عليه خاطئاً حتى لو رضى
المضرور بما وقع عليه من الضرر . فالطبيب إذا أجرى لمريض عملية جراحية
خطرة في غير ما ضرورة يكون مخطئاً حتى لو رضى المريض بإجراء هذه
العملية . والمهندس إذا نفذ تصميماً معيناً يكون مخطئاً حتى لو رضى عمله
بهذا التصميم . فرضاء المضرور بالضرر لا يمنع إذن من أن يكون فعل المدعى
عليه خطأ . ولكن هل يستغرق رضاء المضرور هذا الخطأ كما استغفره إرادة
المضرور للضرر فيما سبق لنا أن بيناه ؟ واضح أن هناك فرقاً ظاهراً بين أن
يريد المضرور الضرر وبين أن يرضى به . وإذا كان معقولاً في الحالة الأولى
أن يستغرق خطأ المضرور خطأ المدعى عليه ، فليس من المعقول أن يكون
مجرد رضاء المضرور بالضرر من شأنه أن يستغرق خطأ المدعى عليه . فالأصل
إذن أن رضاء المضرور يترك فعل المدعى عليه كما هو ، فلا يزيل عنه صفة
الخطأ ولا يستغفره . ويكون المدعى عليه مسئولاً عما أحدثه بخطئه من الضرر

مسئولية كاملة . ولكن قد يكون رضاء المضرور بالضرر بعد خطأ منه . ففي هذه الحالة يخفف هذا الخطأ من مسؤولية المدعى عليه كما هو الشأن في الخطأ المشترك . فينظر في كل حالة هل كان المضرور مخطئاً عندما رضى بالضرر (١) . ويكون في أكثر الأحوال مخطئاً . فمن رضى أن يركب سيارة غير سايعة وهو عالم بذلك ، أو ترك سائق السيارة يسوقها وهو في حالة سكر بين ، أو دفع السائق أن يسير بسرعة فائقة . يكون قد رضى بالضرر وبعد رضاه هذا وخطأ من شأنه أن يخفف من مسؤولية السائق . ومن رضى بإجراء عملية تجميل خطرة بالرغم من نصيح الطبيب له بعدم إجرائها يكون قد رضى بالضرر رضاه خطأ يخفف من مسؤولية الطبيب . ولكن إذا رضى بإجراء العملية مع علمه بخطورها وكان رضاه بناء على إشارة الطبيب . لم يكن هذا الرضاء خطأ ولم يكن من شأنه أن يخفف من مسؤولية الطبيب . وكذلك الحكم إذا أقدم المهندس على تشييد بناء معيب وكان ذلك برضاء العميل . فإن كان الرضاء قد وقع بالرغم من نصيح المهندس كان خطأ يخفف من مسؤوليته ، وإن كان قد وقع بناء على إشارة المهندس لم يكن خطأ وبقيت مسؤولية المهندس كاملة . هذا وفي بعض الأحوال القليلة قد يصل خطأ المضرور في رضائه بالضرر حداً من الجسامه يجعل من شأنه أن يستغرق خطأ المدعى عليه ، فتنتفي المسؤولية عن هذا لانعدام رابطة السببية . فصاحب السفينة الذي يرضى عن بيئة بنقل مهربات حربية فتصادر سفينته ، لا يرجع بشئ . على صاحب المهربات (٢) . والمرأة البالغة سن الرشد غير الغرة إذا انقادت عن شهوة إلى معاشره خليلها لا ترجع عليه بالتعويض (٣) . وإذا اتفق أهالي بلدين على المضاربة معاً ، ومات أحدهم في أثناء المضاربة ، فلا حق لورثته في التعويض

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أنه « لا ينبغي أن يحد بذلك الرضاء إلا حيث يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية . وفي حدود هذا الجواز يجب » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٠) . ولكن يجب أن يضاف إلى ذلك ما إذا كان رضاء المضرور بالضرر يعتبر خطأ منه ، فتنبع في هذه الحالة قواعد الخطأ المشترك .

(٢) استئناف مختلط في ٢٢ يونية سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٨ .

(٣) استئناف مختلط في ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٣٤ .

لأنه هو الذى عرض نفسه باختياره إلى القتل (١). وهذه الأحوال القليلة هي التي أشرنا إليها وفيها يستغرق رضاء المضرور خطأ المدعى عليه .

٥٩٥ - الحالة الثانية - أمر الخطأين هو نتيجة الخطأ الآخر :

إذا كان خطأ المضرور هو نتيجة خطأ المدعى عليه ، استغرق الخطأ الثاني الخطأ الأول . واعتبر خطأ المدعى عليه هو وحده الذى أحدث الضرر ، وتكون مسؤولية المدعى عليه مسؤولية كاملة . فإذا ركب شخص مع صديق له في سيارة يقودها هذا الصديق مسرعاً في سيردها . فتنجم عن هذا السير السريع خطر دفع الراكب تحت تأثير الفرع إلى أن يأتي بحركة خاطئة التماساً للنجاة . فأضر بنفسه . كان خطأ المضرور هنا هو نتيجة لخطأ المدعى عليه ، واستغرق خطأ الصديق خطأ الراكب . وحققت مسؤولية الصديق كاملة (٢) . وكذلك

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في ٢٥ يناير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٦ ص ١٨٣ - وأطرد أيضاً محكمة الاستئناف الوطنية في ٢٠ مايو سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ ص ٢١٥ (لا تعويض لأحد في حالة تقاذف طرفي الخصوم) - وبني سوف في ١٩ يونيو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١٦ ص ٣٨ (لا تعويض في حالة تصارب فريقين وإصابة أحدهم بضربة أفضت إلى موته) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن كل مضاربة تتضمن خطبتها واقعتين بالنسبة إلى كل متضارب ، واحدة يكون هو فيها جانباً على غيره والأخرى يكون محضاً عليه من هذا الغير . فن يطلب التعويض منهما تطبيقاً على ماله قواعد المسؤولية المدنية . ويقدر التعويض حسب جسامه خطأ عريجه الثاني . عنه الضرر مع مراعاة مبلغ اشتراكه هو في إحداث الضرر لنفسه أو سببه فيه . ثم يقضى له بالتعويض الذي يستحقه أو يرفض طلبه متى كان خصمه أيضاً قد طلب تعويضاً فوجدت المحكمة بعد البحث على الطريقة المتقدمة أن تعويض خصمه يعادل تعويضه أو وجدت أنه يربو على تعويضه فأوقت التماساً بين التمييزين وقضت لخصمه بالرائد . وكل ما تجر به المحكمة من ذلك يجب يسانه في الحكم ، ولا يكفي في ذلك قول المحكمة من بادية الأمر إنه ما دام كل فريق قد اعتدى على الآخر فقد سقط حقه في طاب التعويض على كل حال لأن هذا مخالف لقواعد المسؤولية (نفس جنائي في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٥٠١ ص ٨١٥) . ونرى من ذلك أن محكمة النقض لم تنزع إلى أن المضاربة تنطوي على عنصر رضاء المضرور بالضرر ، بل تعذر كل متضارب معتدلاً وحقاً عليه . فتأخذ منه بقدر ما اعتدى وتعطى له بقدر ما اعتدى عليه . وإذا كان هذا صحيحاً في المضاربة بوجه عام ، إلا أن الاتفاق على المضاربة - وهو أقرب ما يكون إلى الممازرة - ينطوي كما هو ظاهر على معنى رضاء المضرور بالضرر الذي قد يقع عليه .

(٢) أخطر في هذا المعنى نفس من في ٢٦ يناير سنة ١٩٣٩ المجموعة غير ٢ رقم ١٦٢ ص ٤٨٩ .

يكون الحكم إذا ارتكب المريض خطأ في علاج نفسه . وكان ذلك بناء على إشارة خاطئة من الطبيب . فإن خطأ الطبيب يستغرق خطأ المريض إذ الخطأ الثاني ليس إلا نتيجة للخطأ الأول . فيكون الطبيب مسؤولاً عن التعويض كاملاً . وهذا هو شأن الموكل بخطئه اتباعاً لتوجيه خاطئة من محاميه . فيستغرق خطأ المحامي خطأ الموكل لأن الخطأ الثاني هو نتيجة الخطأ الأول . أما إذا كان خطأ المدعى عليه هو نتيجة خطأ المضرور . فإن خطأ المضرور هو الذي يستغرق خطأ المدعى عليه . ولا تقف إلا عند خطأ المضرور سبباً للضرر الذي وقع . فلا تتحقق مسؤولية المدعى عليه لانعدام رابطة السببية . فإذا دهم سائق السيارة أحد العابرة . وأثبت أن المضرور تحول فجأة من جانب الطريق إلى الجانب الآخر دون أى احتياط وكان هذا الخطأ هو السبب الوحيد للإصابة . فقد أثبت أن الخطأ المفروض في جانبه - وهو الخطأ في الحراسة - ليس إلا نتيجة خطأ المضرور . واستغرق خطأ العابرة خطأ السائق وانعدمت علاقة السببية ما بين خطأ السائق والضرر . فانتفت مسؤولية السائق إذ اعتبر خطأ المضرور هو وحده السبب في وقوع الضرر (١).

٥٩٦ - الخطأ المشترك فإذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر . بل بقيا متميزين كل منهما اشترك في إحداث الضرر مستقلاً ، كان للضرر سببان : خطأ المدعى عليه وخطأ المضرور . وهذا ما يسمى بالخطأ المشترك (faute commune) (٢).

والأصل أن كلا من الخطأين يعتبر سبباً في إحداث الضرر . إذ لولاه لما وقع هذا الضرر . ولما كان كل من المدعى عليه والمضرور مسؤولاً بقدر ما أحدث من ضرر . وكان خطأ كل منهما سبباً لوقوع الضرر كله كما قدمنا ، فإن المسؤولية تكون بالتساوي بينهما . ويكون المدعى عليه مسؤولاً عن نصف الضرر . ويتحمل المضرور النصف الآخر فلا يرجع على المدعى عليه

(١) وقد جرى القضاء في فرنسا ، لتيسير عبء الإثبات على السائق ، على أن يسمح للسائق بإثبات أن خطأ المضرور كان لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه ، فيكون هذا الخطأ بمثابة القوة القاهرة (أنظر في هذا القضاء مازو ٢ فقرة ١٥٢٧ - ٢) .

(٢) التعبير غير دقيق ، فالخطأ ليس مشتركاً ارتكبه الاثنان معاً ، بل هما خطآن مستقلان أحدهما ارتكبه شخص والثاني ارتكبه الآخر (اللو فقرة ٣٤٨ - مازو ٢ فقرة ١٥٠٧)

إلا بنصف الضرر (١) . ولو أن المدعى عليه شخصان لا شخص واحد ، وكانا هما والمضرون مسؤولين بالتساوي . فإن الضرر يرجع على أي منهما بتثني الضرر لأنه تحمل الثلث الباقي ولأن المدعى عليهما متضامنان في التلدين . وهكذا توزع المسؤولية على المدعى عليهم والمضرون على عدد الرؤوس (par part virile) . وفي هذا تطبيق خاص لقاعدة تعدد المسؤولين . فقد نصت المادة ١٦٩ من القانون المدني الجديد على أنه « إذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر . وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض » . ووجه أن التطبيق خاص هنا هو أنه يوجد بين المسؤولين المتعددين المضرون نفسه . فيجب أن يدخل في الحساب عند توزيع المسؤولية . فيتحمل نصيباً منها بالتساوي مع المسؤولين المتعددين .

على أن القانون المدني الجديد لم يترك هذه المسألة الهامة دون أن يفرد لها نصاً خاصاً . ففرض في المادة ٢١٦ بأنه « يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض ، أو ألا يحكم بتعويض ما . إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه (٢) » . فالمضرون ، طبقاً لهذا النص . لا يتقاضى

(١) أنظر تحليلاً آخر يقرب مما قدمناه في مازيو ٣٠ بقرة ١٥١١ . وسرى أن القضاء يميل إلى توزيع المسؤولية بحسب جسامه الخطأ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٩٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « على أنه يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض ، أو ألا يحكم بتعويض ما ، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر ، أو زاد فيه ، أو كان قد ساء مركز الدين » . وقد أقرته لجنة المراجعة ، وأصبح رقم المادة ٢٢٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذفت عبارة « أو ساء مركز الدين » ، لأنه يحسن لأعمال القواعد العامة في هذه الحالة ولا سيما أن الحالة التي أغفلت تدخل ضمن إحداث الضرر أو الزيادة فيه . وأصبح رقم المادة ٢١٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٨ - ص ٥٥١) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مدد هذا النص ما يأتي : « تعرض هذه المادة لحكم الخطأ المشترك ، وهو يسرى على المسؤولية التعاقدية والمسؤولية التقصيرية على حد سواء . وقد تقدمت الإشارة إلى أن القاضي لا يحكم بالتعويض متى أذن الدين الدليل على أن الضرر نشأ عن خطأ الدائن وحده ، وأثبت بذلك وجود السبب الأنجسي . وكما أن حق الدائن في التعويض سقط عند انفراد إحداث الضرر بخطئه ، كذلك لا يكون من حقه أن يقضى =

تعويضاً كاملاً ، بل يتحمل نصيبه في المسؤولية . ونبادر إلى ملاحظة أمرين

تعويضاً كاملاً إذا اشترك بخطئه في إحداث هذا الضرر أو زاه فيه أو سوأ . مكرر الدين . ويتوقف مقدار ما ينقص من التعويض بوجه خاص على مبلغ رجحان نصيب الدائن أو المدين في إحداث الضرر . وقد جعلت المادة ٣٥٤ من التقنين الألمان من هذا التزجيج عنصراً من عناصر التوجيه ، فنصت على أنه : « إذا كان خطأ الضرور تعيب في إحداث الضرر عند وقوعه توقف قيام الالتزام بالتعويض ومدى التعويض الواجب أدائه على الظروف ، وبوجه خاص على مبلغ رجحان نصيب أى من الطرفين في إحداث الضرر » . وليس بممتنع إزاء ذلك أن يرجع نصيب الدائن في إحداث الضرر رجحاناً بشئ أمره البحث في قيام الالتزام بالتعويض بأسره . وهذا هو المعنى الذى قصدت المادة ٢٩٤ إلى استظهاره بنصها على أن للقاضي « ألا يحكم بتعويض ما » . ويراعى أن رضاه الضرور بالضرر الحادث لا يؤخذ لزاماً عليه بوصفه خطأ يبرر انتقاس التعويض . فالتقنين الألمان لا يغفل من هذا الرضاء سبباً للانتقاس (م ٢٥٤) على تقيس ما يقضى به التقنين السويسرى (م ٤٤ : فقرة ١) في هذا الشأن . فلا يذنب أن يعتد بذلك الرضاء إلا حيث يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية ، وو حدود هذا الجواز غيب . وتعين فكرة الخطأ المشترك على ضبط حدود فكرة تقاربها ، هي فكرة « النتيجة الطبيعية » أو « المألوفة » لتعاقب المدين . فقد ترتب على هذا التخلل نتائج متفاوت مدى امتداعه ، وبذلك يفر الموقف عن حلقات متسلسلة من الضرر لا يدرى لى أياً ينبغي الوقوف . ومناطق الحكم في هذه الحالة هو فكرة النتيجة الطبيعية أو المألوفة . فيعتبر من قبيل النتائج الطبيعية أو المألوفة التى يجب التعويض عنها كل ضرر لم يكن في وسع الدائن عقلاً أن يحول دون وقوعه . ذلك أن امتناعه عن اتخاذ الحيلة المعقولة لحصر هذا الضرر في أضيق حدوده يكون بمنزلة الخطأ ، وبعبارة أخرى يترتب على هذا الامتناع قيام خطأ مشترك يستتبع الانتقاس من التعويض ، بل وسقوط الحق فيه أحياناً . وقد طلى القانون الألمانى تلك الفكرة فنص في المادة ٢٥٤ على وجوب إحقاق التعويض بل وسقوط الحق فيه « إذا انحصر خطأ الضرور في عدم تنبيه المدين إلى خطر ضرر بالغ الحشامة لم يكن يعلم به ولم يكن يتحتم عليه العلم به أو في عدم دفع هذا الخطر أو الحد منه » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٩ - ص ٥٥٠) .

هذا وقد ورد في المادة ٢١٦ أن القاضي ينقص مقدار التعويض إذا كان الدائن يخطئه قد زاد في إحداث الضرر . ومثل ذلك شخص يجرح في حادث ، فيهلل في علاج نفسه ، فيزيد في الضرر (استئناف مختلط في ١٠ يونية سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٨٧ - وفي ٢٤ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٥٠٩) . ومثل ذلك أيضاً حادث يصيب منزلاً فيجعله غير قابل للسكنى مدة معينة ، فيهلل صاحب المنزل في إصلاحه ، وتطول من جراء ذلك المدة التى يبقى فيها المنزل غير صالح للسكنى ، فلا يتحمل المسئول ضرر ما طال من هذه المدة (أنظر في هذا المعنى استئناف مختلط في ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٨) . أنظر أيضاً : استئناف مختلط في ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٦ - وفي ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٥٢ - وفى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٣٠ - وفي ٤ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٥٩ - وفى ١٤ يونية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٩ - وفى ٣٠ يونية سنة ١٩١٧ م ٧ ص ١٦٦ - وفى ١١ مايو سنة ١٩٢١ م ١٢ ص ٢٨ م ٤٨ - وفى أول يونية سنة

في شأن النص : أولها أنه يقول « يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض » .
ومعنى الجواز في الإنفاص احتمال ألا ينقص القاضي من التعويض شيئاً ،
ويكون ذلك في حالة ما إذا كان خطأ المضرور قد استغرقه خطأ المدعى عليه
على النحو الذي بيناه . والأمر الثاني أن النص يقول « أو لا يحكم بتعويض ما » ،
ويكون ذلك في حالة ما إذا كان خطأ المدعى عليه قد استغرقه خطأ المضرور
في الصور التي أسلفنا ذكرها (١) .

= سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٦١ - وفي ١٨ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤١٣ - وفي ٢٤
يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٥ - وفي ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٨ - وفي
١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ - وفي أول مارس سنة ١٩٢٨ جازيت ١٨ رقم
٢٣٩ ص ٣٠٣ - وفي ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٨ .

ولكن المضرور لا يتحمل خطأ الغير في زيادة الضرر وعلى المسئول أن يرجع على هذا الغير .
فإذا أحدث شخص كسراً في أحد أعضاء جسم المضرور ، ووقع خطأ في جبر الكسر تسبب
عنه زيادة الضرر ، والمضرور لا يكون مسئولاً عن هذا الخطأ وله أن يتقاضى من المسئول
تعويضاً عن زيادة الضرر ، والمسئول أن يرجع على من وقع منه الخطأ في جبر الكسر
(استثناء مختلط في ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٩٦) .

(١) ونحن نعرض في غالب ما قدمناه أن كلا من الخطأ الذي وقع من المسئول والخطأ الذي
وقع من المضرور هو خطأ واجب الإثبات وقد ثبت في جانب كل منهما . وقد يكون الخطأ
مفترضاً في جانب أي منهما أو في جانب كليهما .

مثل الخطأ المفترض في جانب المسئول أن يرتكب صبي في رعاية أبيه خطأ يلحق ضرراً
بشخص آخر . فيرجع المضرور على الأب بطالبه بتعويض الضرر على أساس خطأ مفترض في جانب
الأب . فثبت الأب خطأ في جانب المضرور ، فهل له أن يحتج بهذا الخطأ ليخلص من المسؤولية
كلها أو بعضها ؟ يستطيع الأب بادئ الأمر أن يثبت أنه لم يخطئ . في رعاية ولده ، فينفي
بذلك الخطأ المفترض في جانبه ، ويخلص من المسؤولية تائناً . ولكن إذا عجز الأب عن هي
الخطأ في جانبه ، فهل له أن يحتج بما أثبتته من خطأ المضرور ؟ ما دام قد ثبت خطأ في جانب
المضرور فالضرر على أقل تقدير له سببان لا سبب واحد : خطأ المضرور الثابت وخطأ الأب
المفترض . فتطبق قواعد الخطأ المشترك ، وتقسّم المسؤولية بين المضرور والأب . ويستطيع
الأب أن يخلص من المسؤولية كلها إذا هو أثبت أن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام
بواجب الرعاية بما ينبغي من العناية (أنظر المادة ١٧٣ فقرة ٣ من القانون المدني الجديد) .
وقد يكون الخطأ المفترض في جانب المسئول لا يقبل إثبات العكس . مثل ذلك سائق السيارة
يدهس عابراً في الطريق ويثبت خطأ في جانب المضرور . هنا أيضاً خطأ مشترك ، خطأ العابر
الثابت وخطأ السائق المفترض ، تقسم المسؤولية بين السائق والعابر . ويستطيع السائق أن يخلص
من المسؤولية كلها إذا هو أثبت أن الخطأ في الحراسة ، وهو الخطأ المفترض في جانبه ، لا دخل
له في إحداث الضرر ، وأن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام بواجبه في الحراسة كما ينبغي .
ومن ذلك أن يثبت أن خطأ المضرور كان لا يمكن توقعه ولا يستطيع دفعه فيكون بمثابة القوة =

بقي أن كلا من النصين - المادة ١٦٩ والمادة ٢١٦ - يدع محالاً للقاضي أن يوزع التعويض على المسؤولين المتعددين . ومن بينهم المضرور نفسه ، لا على عدد الرؤوس أى بالتساوى فيما بينهم ، بل على أساس آخر . والظاهر أن هذا الأساس الآخر هو جسامه الخطأ الذى صدر من كل من المسؤولين . وفى هذا يتمشى القانون المدنى الجديد مع القضاء المصرى (١) . والقضاء

= القاهرة ، وقد مر بيان ذلك . والمهم فى الصورة التى نحن بصددها أن السائق لا يستطيع الخلاص من المسؤولية بنفى الخطأ المفترض فى جانبه ، لأن الخطأ هنا لا يقبل إثبات العكس . وهذا بخلاف الصورة الأولى حيث يستطيع الأب أن ينفى الخطأ المفترض فى جانبه كما قدما . ومثل الخطأ المفترض فى جانب المضرور أن سائق السيارة ، وهو يريد أن يتفادى دهم عابر كان يسير فى الطريق دون احتياط ، يحرف عن المادة ويصطدم بحائط فيصاب بضرر . والسائق فى هذا المثل هو المضرور . فهل يستطيع العابر الذى كان يسير فى الطريق دون احتياط نفي الخطأ فى جانبه أن يحتج بخطأ مفترض فى جانب السائق ؟ لا يجوز ذلك إطلاقاً ، لأن الخطأ المفترض فى جانب السائق إنما فرض لمصلحة من يصيبه السائق بالضرر ، فهو خطأ مفترض فى مصلحة المضرور . والمضرور هنا هو السائق كما قدما ، فلا يقوم الخطأ المفترض ضد مصلحته . وينبى على ذلك أن المسئول ، وهو عابر الطريق . لا يستطيع أن يحتج على السائق بخطأ مفترض ، ويبقى خطأ هو - وهو السير فى الطريق دون احتياط - السبب الوحيد لإحداث الضرر ، وتكون مسؤوليته عن هذا الضرر كاملة .

ومثل الخطأ المفترض فى جانب كل من المسئول والمضرور أن تصطدم سيارتان ولا يستطيع أحد من السائقين أن يثبت خطأ فى جانب السائق الآخر . فإذا أصيبت إحدى السيارتين دون الأخرى بالضرر ، فإن سائق السيارة غير المصابة يكون مسئولاً عن هذا الضرر كاملاً ، ولا يستطيع أن يحتج بخطأ مفترض فى جانب سائق السيارة المصابة كما رأينا فيما تقدم . أما إذا أصيبت السيارتان معاً بالضرر ، فإن كلا من السائقين يعرض السائق الآخر تعويضاً كاملاً ما أصاب سيارته من الضرر ، ولا يستطيع أن يحتج عليه بخطأ مفترض فى جانبه . ولا يجوز القول إن الخطأ المفترض فى جانب سائق يتهاثر مع الخطأ المفترض فى جانب السائق الآخر ، فيتخلص كل منهما من المسؤولية بتاتا ، فإن هذا معناه أن الخطأ يفترض ضد مصلحة المضرور ، وهذا غير متساغ كما بينا .

(أنظر فى هذا الموضوع ما روى ٢ لقرة ١٥١٥ - فقرة ١٥٣٧) .

(١) وقد وضعت محكمة النقض المدأ الذى يسير عليه القضاء المصرى فى هذا الصدد فيما قضت به من أنه إذا كان المضرور قد أخطأ أيضاً ، وسام هو الآخر بخطئه فى الضرر الذى أصابه ، فإن ذلك يجب أن يراعى فى تقدير مبلغ التعويض المستحق له ، فلا يحكم له على الغير إلا بالقدر المناسب لخطأ هذا الغير ، لأن كون الضرر الذى لحق المضرور ناشئاً عن خطأتين ، خطئه هو وخطأ غيره ، ذلك يقتضى توزيع مبلغ التعويض بينهما بنسبة خطأ كل منهما ، وبناء على عملية تشبه القائمة لا يكون الغير ملزماً إلا بمقدار التعويض المستحق عن كل ضرر منفرداً

= منه ما يجب أن يتجمله الضرور بسبب احداثى وقع منه (نقض جنائى فى ٢ أبريل سنة ١٩٤٥
المجموعة ٢٧ رقم ٢٠٠ من ٤٨٦) .

وقضت هذه المحكمة أيضاً قبل ذلك بأن المادة ١٥١ من القانون المدنى (القديم) قد نصت
على إلزام كل من يقع منه فعل ضار بالغير بتعويض الضرر الذى ترتب على فعله ، فإذا كان الضرور
قد أخطأ هو الآخر وساءم فى الضرر الذى أصابه ، فإن ذلك ، وإن كان يجب أن يراعى عند
تقدير التعويض الذى يطالب به الضرور ، لا يصلح أن يكون سبباً لرفع المسؤولية المدنية عن
اشترك معه فى حصول الضرر . وإذن فإذا كان الحكم قد قضى برفض الدعوى المدنية بناء على
ما قاله من «تسكأن البينات» . وكان الاستفادة من البينات التى أوردتها أنه إنما قصد أن المحي
عليهم وقع من جانبهم هم أيضاً خطأ فى حق أنفسهم ، ولم يقصد أن الخطأ تسبب عنه أى ضرر
بالدعى عليه ، فإن هذا يكون مقتضاه أن يحكم للمحى عليهم بالتعويض مع مراعاة درجة خطئهم
من المجموعة (نقض جنائى فى ٢ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المجموعة ٢٣ رقم ٢٠٨ من ٥١٧) . وقضت
الدائرة المدنية من محكمة النقض بثل ذلك فكانت إنه وإن كان ما يراه قاضى الموضوع من
إثبات مساهمة الضرور فى الفعل الضار لتوزيع المسؤولية بينه هو ومن اشترك معه فى إحداث
الضرر متعلقاً بفهم الواقع فى الدعوى ولا رقابة عليه لمحكمة النفس ، فإن وصف الأفعال التى
وقعت من الضرور فى الحادث الضار وأسس عليها اشتراكه فيه هو من التكييف الذى تراقبه
هذه المحكمة ، وإذا كان مجرد ركوب شخص مع صديق له فى سيارة يقودها هذا الصديق
سرعاً فى سيرة بها هو ما لا يعتبر فى بعض الصور اشتراكاً فى الخطأ الذى وقع فيه قائد السيارة .
وإذا كان مجرد قيام هذا الراكب تحت تأثير الفرع بحركة ما التماساً للتجاة فأضر بنفسه لا يعتبر
كذلك اشتراكاً فى خطأ القائد ، فإنه لا شك فى أن مساهمة هذا الراكب فى الاتفاق مع قائد
السيارة على إجراء مسابقة بها هو مما يتجمله مخطئاً كالمسابقين أو مشتركاً معهم فى خطئهم وممثلوا
عما يحدث من جراء ذلك . والأصل أن الضرر المترتب على فعل مضمون ومهدر يسقط فيه ما يقابل
المهدر ويعتبر ما يقابل المضمون ، فينبغى إذن أن يستثنى من التعويض ما يقابل الفعل الذى ساءم
به الضرور فى الضرر ، ويعتبر الفعل الذى وقع من الغير (نقض مدنى فى ٢٦ يناير سنة ١٩٣٩
مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٢ من ٤٨٩) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة كذلك أن توزيع المسؤولية فيما بين المدنيين التضامنين
يكون بحسب جسامه الخطأ الذى صدر من كل منهم (استئناف مختلط فى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٢
م ٥٤٧٢ - وأنظر أيضاً : استئناف مختلط فى ١٨ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ من ٤١٣) .
وأحكام القضاء المصرى من وطنى ومختلط كثيرة فى هذا الموضوع . أنظر : استئناف وطنى
فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٣٥ من ٦٥ (صدمة تسببت من إهمال
فى قيادة عربية وثبت أنه كان فى إمكان المحي عليه منع الحادثة لو لم يكن تحت تأثير الخيشن) -
استئناف وطنى فى ٧ يناير سنة ١٩١٤ الصرائح ١ رقم ٣٣٤ من ١٨٦ (طلعة عمرها ثلاث
سنوات دهسها القطار بسبب ترك السور الذى يحول بين منزل والدها وقضبان السكك الحديدية
بدون ملاحظة فأزال العمال بعض الأعمدة لتقصير الطريق إلى منازلهم : خطأ مشترك من مصلحة
السكك الحديدية والذى تلطأ له كرها وحدها خارج المنزل) - استئناف مصر الوطنية فى =

٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الحاماة ٨ رقم ٢٣٥ م ٣١٥ - وفي ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ الحاماة ٨ رقم ٤٩٢ م ٨٠٦ (إهمال السائق وأخطى عليه) . وقد يذهب القضاء إذا كان خطأ الضرر دحشاً إلى حد أن يجعل هذا الخطأ يتفرق خطأ المسئول : استئناف وطني في ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٤٨ م ١٠٧ شخص أصابه ضرر من مضادة وقعت بإهمال مصالحة السكك الحديدية ، فرفض طلب التعويض لأنه كان موجعاً خلوح باب العربة في أثناء سير القطار) - استئناف وطني في أول ديسمبر سنة ١٩١٥ الشرائع ٣ رقم ٥٢ م ٢٣٣ (يمر الأهالي من غير المزلقان الذي أعدته المصالحة للجمهور فدمم أحدهم القطار قتله ، فاستغرق خطأ الضرر خطأ المسئول ورفض طلب التعويض) - استئناف مختلط في ١٣ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٣٥٨ (تلميذ صغير عمده ٩ سنوات : لا خطأ على والده أن يتركه يذهب إلى المدرسة بمفرده) - استئناف مختلط في ٥ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ م ٢٦٦ (مثل القضية السابقة) - استئناف مختلط في ٩ مارس سنة ١٩٣٨ م ٤٠ م ١٦٢ (خطأ مشترك لأن والد بنت صغيرة تركها في الشارع المزدهم بأحزمة دون رقيب) . استئناف مختلط في ٢١ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ م ١٠٤ (التعويض الذي يعطى لقريب البيت في حالة الخطأ المشترك يكون هو أيضاً مخففاً كما لو كان البيت هو الذي يطالب شخصاً بالتعويض) . أمثلة أخرى من قضاء محكمة الاستئناف المختلطة : استئناف مختلط في ٢ فبراير سنة ١٨٨٧ بورلي م ٢١٣ رقم ١٥ - وفي ١٣ يونيو سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٣ م ٢٥٥ - وفي ١٢ يونيو سنة ١٨٩٠ م ٢ م ٤٢١ - وفي ٤ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ م ٥ - وفي أول يونيو سنة ١٨٩٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٢٣ م ٣٠٦ - وفي ١٧ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ م ٢٧٦ - وفي ٢ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ م ٢٣١ - وفي ٢٠ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ م ١٣٠ - وفي ١٥ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ م ٢٧٦ - وفي ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ م ٢٨٣ - وفي ٤ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ م ٢٦٥ - وفي ١٨ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ م ١١٥ - وفي ٢٥ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ م ٣٢٢ .

وهناك أحكام قليلة لمحكمة الاستئناف المختلطة توزع التعويض بعدد الرؤوس لا بحسب جسامه الخطأ : استئناف مختلط في ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ م ٣١ - وفي ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ م ٥٧ .

هذا ولا يكون هناك خطأ مشترك إذا كان ثمة خطأان متميزان كل منهما أحدث أثراً مستقلاً عن الآخر . فإذا سلم قلم الكتاب شهادة خاطئة ترتب عليها إدراج دائن في المرتبة الأولى خطأ ، فلا يجوز لقلم الكتاب أن يمتنع على هذا الدائن بأنه هو أيضاً أخطأ في أنه جعل فيده تمتد إلى أموال غير مملوكة لمدينه ما دام مال المدين المأخوذ عليه القيسد يكتفي لوفاء الدين في المرتبة التي أدرج فيها الدائن خطأ (استئناف مختلط في ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ م ٨٣) . وكذلك إذا كان خطأ الضرر ليس سبباً مباشراً في إحداث الضرر ، كما إذا علق عجلات عربة بشرط التزام عن خطأ من السائق ، وبيناهو يطالع تخليص العربة مدة ربع ساعة إذا جزم أن مسير عا سيرة غير عادية فقتل السائق ، فإن سائق التزام وحده هو المسئول لا سائق العربة (استئناف مختلط في ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ م ٢٥) .

الفرنسي (١). ونصوص التقنيات الحديثة (٢). ولا ينجأ القاضي إلى التوزيع على عدد الرؤوس إلا إذا لم يستطع أن يحدد جسامة كل خطأ ، فعندئذ يفرض التكافؤ فيها جميعاً ، ويجرى التوزيع بالتساوي على المسؤولين ومنهم المضرور نفسه (٣).

هذا ويمكن تطبيق القاعدة المتقدمة في حالة ما إذا كان كل من الطرفين مسئولاً وضروراً في الوقت ذاته . كما إذا تصادمت سيارتان . فأصاب السيارة الأولى ضرر قدره بمبلغ خمسين جنيهاً . وأصاب السيارة الثانية ضرر قدره بمبلغ عشرين جنيهاً . وثبت الخطأ في جانب كل من السائقين . أما الضرر الذي أصاب السيارة الأولى وقدره خمسون جنيهاً . يقسم بين السائقين بحسب جسامة الخطأ . فإذا فرض أن القاضي لم يستطع أن يبين هذه الجسامة قسم بالتساوي ، فيكون السائق الثاني مسئولاً قبل السائق الأول بمبلغ خمسة وعشرين جنيهاً . وأما الضرر الذي أصاب السيارة الثانية وقدره عشرون جنيهاً فإنه يقسم أيضاً بالتساوي بين السائقين . فيكون السائق الأول مسئولاً قبل السائق الثاني بمبلغ عشرة جنيهاً . وبعد أن تجرى المقاصة يدفع السائق الثاني إلى السائق الأول في النهاية خمسة عشر جنيهاً (٤) .

(١) أنظر - تحليل القضاء الفرنسي مازو ٢ فقرة ١٠١٢ .

(٢) التقنين الألماني م ٢٠٤ - التقنين البولوني م ١٠٨ فقرة ٢ - الشروع الفرنسي الإجمالي م ٧٨ .

(٣) وفي هذا ، كما جاء في مازو ٢ بقية ظاهرة من ميل القضاء إلى قياس التعويض على أساس جسامة الخطأ ، مما يلبس الخطأ الذي لباساً ذاتياً يقر به من الخطأ الجنائي (أنظر في نقد هذا مازو ٢ فقرة ١٠١٢) . على أن هذا هو الحل العمل العادل ، وهو إذا تعارض مع المنطق المحض ، فإنه يبقى مع ذلك حلاً إنسانياً يصعب الانحراف عنه . وهذا ما يقوله حتى نفس الأستاذين مازو (أنظر مازو ٢ فقرة ١٩٧٣ م ٨٢١) . ومع ذلك فإن المادة ١٦٩ من القانون المدني الجديد تجعل الأصل أن تكون القسمة فيما بين المسؤولين بالتساوي على عدد الرؤوس ، وسيأتي بيان ذلك (أنظر فقرة ٥٩٩ في المامش) .

(٤) ويبين من ذلك أن كلامنا من السائقين يتحمل في النهاية نصف مجموع الضررين (٥٠ + ٢٠ = ٢ = ٣٥) . فالسائق الأول أصيب بضرر قدره خمسون جنيهاً ، وقاضي منه حصة عشر جنيهاً ، فيتحمل في النهاية ضرراً قدره خمسة وثلاثون جنيهاً . والسائق الثاني أصيب بضرر قدره عشرون جنيهاً ، ثم دفع للسائق الأول حصة عشر جنيهاً ، فيكون قد تحمل في النهاية ضرراً قدره خمسة وثلاثون جنيهاً أيضاً .

٣٨ - خطأ الغير

٥٩٧- وضع الدائمة : نستبعد هنا أيضاً ، كما فعلنا عند بحث خطأ

المضرور ، حالة ما إذا لم يقع من المدعى عليه خطأ ما ، ثابت أو مفروض ،
ووقع الضرر بفعل الغير وحده . فإن فعل الغير إذا كان هو السبب الوحيد في
إحداث الضرر . فإن كان خطأ كان الغير وحده هو المسئول ، وإن لم يكن
خطأ كان من قبيل القوة القاهرة أو الحادث الفجائي فلا يكون أحد مسئولاً .

أما إذا وقع خطأ من المدعى عليه ، واشترك في إحداث الضرر مع هذا
الخطأ فعل الغير . كان هناك محل للتساؤل عن أثر فعل الغير في مسؤولية المدعى
عليه . ويشترط هنا أيضاً كما اشترط في فعل المضرور أن يكون فعل الغير
خطأ له شأن في إحداث الضرر .

فإذا لم يكن فعل الغير خطأ فليس له أثر في مسؤولية المدعى عليه . وكان
هذا وحده هو المسئول ، وكانت مسؤوليته كاملة . فلا بد إذن أن يكون فعل
الغير خطأ . ويقاس الخطأ بمعياره المعروف : الانحراف عن السلوك المألوف
للرجل المعتاد . ولا بد كذلك أن يكون خطأ الغير له شأن في إحداث الضرر ،
وإلا لما جاز للمدعى عليه أن يحتج به إذ لا علاقة له بالضرر (١).

== هذا ويختلف حل المسألة ذاتها لو أن الخطأ كان مفترضاً في جانب كل من السائقين . فقد
قسمنا أن كلا من السائقين في هذه الحالة يعرض السائق الآخر عن الضرر الذي أصابه تمويضاً
كاملًا . فيكون السائق الأول مسئولاً إزاء السائق الثاني بمبلغ عشرين جنيتهاً ، ويكون السائق
الثاني مسئولاً إزاء السائق الأول بمبلغ عشرين جنيتهاً ، تقع المقاصة . ويبقى السائق الثاني مسئولاً
إزاء السائق الأول بمبلغ ثلاثين جنيتهاً . وكان في الصورة الأخرى مسئولاً بمبلغ خمسة عشر
جنيتهاً فقط .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا انتزع المالك منقولات المتأجر وبضائمه
بعد أن أخذ مشورة أحد المحامين وطبقاً لهذه المشورة ، فانتفت نية الغش وهي ضرورية لوجود
الجريمة ، فمن ناحية المسؤولية المدنية ، حيث لا يجوز الجهل بالقانون بتاتا ، وحيث تقوم المسؤولية
على مجرد الخطأ ، لا يكون لمشورة المحامي أى أثر (استئناف مختلط في ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م
٤٢ ص ١٢٧) . فيلاحظ أن المحكمة في هذه القضية لم تجعل لخطأ الغير (وهو هنا المحامي)
أثراً في مسؤولية المالك . وهذا بخلاف ما إذا كان الضرر من خطأ المحامي قد وقع على المالك
مباشرة ، فقد رأينا أن الخطأ يكون مشتركاً في هذه الحالة . ولعل المحكمة اعتبرت في القضية
التي نحن نسدها أن خطأ المالك ، وهو يعمل تحت مسؤوليته في تصرفه نحو الغير ، قد استغرق
خطأ المحامي .

ويجب ألا يكون الغير الذي ارتكب الخطأ من بين الأشخاص الذين يعتبر المدعى عليه مسئولاً عنهم . فلو كان هذا الغير ولده المدعى عليه أو تلميذاً أو تابعاً ، فلا يكون للخطأ الصادر منه أثر في مسئولية المدعى عليه نحو المضرور (١) . وليس من الضروري أن يكون الغير معروفاً . فقد يقوم الدليل على أن الحادث كان من بين أسبابه خطأ صادر من شخص ثالث وقد هرب دون أن يعرف . ويبقى مع ذلك خطأ هذا الغير مؤثراً في مسئولية المدعى عليه (٢) .

٥٩٨ - أثر خطأ الغير في خطأ المدعى عليه - استغراق أهمر الخطأ به

أهمر : إذا كان لكل من خطأ المدعى عليه وخطأ الغير شأن في إحداث الضرر ، وكان أحد الخطأين يستغرق الخطأ الآخر ، اعتبر الخطأ المستغرق هو وحده السبب في إحداث الضرر . فإذا استغرق خطأ المدعى عليه خطأ الغير ، كان المدعى عليه وحده هو المسئول مسئولية كاملة . ولا أثر لخطأ الغير في هذه المسئولية . أما إذا استغرق خطأ الغير خطأ المدعى عليه ، فالغير وحده هو المسئول مسئولية كاملة . ولا أثر لخطأ المدعى عليه في هذه المسئولية .

ويستغرق أحد الخطأين الآخر - كما بينا في صدد الكلام في خطأ المضرور - إذا كان خطأ متعمداً أو كان هو الذي دفع إلى ارتكاب الخطأ الآخر . ولا يرد هنا ما رأيناه في خطأ المضرور من أن رضاه قد يستغرق خطأ المدعى عليه ، فإنه إذا أمكن أن يتصور استغراق رضاه المضرور لخطأ

(١) وينبغي على ذلك أن خطأ الولد أو التلميذ أو التابع لا يجوز أن يستغرق خطأ المدعى عليه ، بل يبقى هذا دائماً هو المسئول نحو المضرور ، ويدفع له التعويض كاملاً . ولكن هذا لا يمنع من رجوع المدعى عليه ببعض هذا التعويض أو كله على الغير الذي ارتكب الخطأ ولو كان هو مسئولاً عن هذا الغير نحو المضرور .

أما إذا لم يكن المدعى عليه مسئولاً عن الغير ، والخطأ الذي يصدر من هذا الأخير يكون من شأنه أن يؤثر في مسئولية ، بل يجوز أن يستغرق خطؤه ، حتى لو قامت علاقة بين المدعى عليه والغير . فإذا ترك صاحب السيارة سياحته لأحد من أهله أو من أصدقائه ، وهو ليس مسئولاً عنه ، وارتكب القريب أو الصديق خطأ ، عد خطأ صادراً من الغير ، وجاز أن يستغرق خطأ المدعى عليه .

(٢) يجوز أن يستغرق خطأ هذا الغير المحبور خطأ المدعى عليه .

المدعى عليه : فلا يتصور أن خطأ المدعى عليه يستغرقه رضاء الغير .

٥٩٩- تعدد المسئولين : فإذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر ،

بقيا قائمين . واعتبر أن كلا منهما سبب في إحداث الضرر . وهذه هي حالة تعدد المسئولين ، فقد اشترك مع المدعى عليه شخص آخر في إحداث الضرر ، فأصبح المسئول أكثر من شخص واحد .

وقد نصت المادة ١٦٩ من القانون المدني الجديد . السابق ذكرها . على هذه الحالة . فقضت بما يأتي :

« إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوى . إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم في التعويض (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣٦ من المشروع التمهيدى على الوجه

الآتى : ١٥- إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار ، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر . ٢- ويرجع من دفع التعويض بأكمله على كل من الباقيين نصيب يحده القاضى حسب الأحوال وعلى قدر حصة الخطأ الذى وقع من كل منهم ، فإن استحال تحديده قسط كل منهم في المسؤولية تكون القسمة سوية بينهم . وفى لجنة المراجعة أقر النص بعد إدخال تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ١٧٣ فى المشروع التهانى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة . حول جعل التضامن فيما بين المسئولين إجبارياً بحكم القانون أو اختيارياً بحكم القاضى ، وحول الأساس الذى تقوم عليه قسمة التعويض فيما بين المسئولين . وانتهى رأى اللجنة إلى أنها حذفت الفقرة الثانية من النص ، وأضافت إلى الفقرة الأولى عبارة « وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوى إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض » . وقد روعى فى هذه الإضافة أن يكون الأصل هو المساواة فى المسؤولية بين من وقع منهم الفعل الضار ، إلا أن للقاضى أن يعدل فى نصيب كل منهم فى التعويض حسب تقديره للظروف . وأصبح رقم المادة ١٦٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٨٢ - من ٣٨٩) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « لا يقتصر هذا النص على تقرير التضامن بين من يشتركون فى إحداث ضرر معين عند رجوع المضرور عليهم ، وهو ما يقضى به التقنين المصرى الحالى فى المادة ٢١١/١٥٠ ، بل يتناول فوق ذلك تعيين كيفية رجوع المسئولين فيما بينهم إذا قام أحدهم بأداء التعويض بأكمله . فقضايا تتعلق برجوع المضرور على المسئولين عن العمل الضار يكون هؤلاء متضامنين دون حاجة لتفريق بين المحرم والفاعل الأصلي والمشارك ، على نحو ما فعلت تقنين الالتزامات السويسرى . فى المادة ٥٠ أنظر أيضاً المادتين ١٠٨/٩٩ من التقنين التونسى والمراكشى . والمادة ١٣٠١ من =

ويلاحظ أن النص قرر التضامن فيما بين المسؤولين ، فيجوز إذن للمضرور أن يرجع على أى من المدعى عليه أو الغير بالتعويض كاملاً (١) .

(= التقنين النساوى) . ويلاحظ أن هذه المادة ضمت أيضاً على أن تخفى الشيء المرسوق لا يلتزم بالتعويض إلا إذا أصاب نصيباً من الربح أو أحدث ضرراً بمعاوته . ويؤدى هذا إلى التفرقة بين حالتين : (الأولى) حالة وقوع الفعل الضار من أشخاص متعددين دون أن يكون في الوسم تعيين من أحدث الضرر حقيقة من بينهم . أو تحديد نسبة مساهمة كل منهم في إحداثه ، وفي هذه الحالة لا يكون ثمة معدى عن تقرير التضامن بينهم جميعاً (أنظر المساتين ١٠٩/١٠٠ من التقنين التونسي والمراكشى والمادة ٨٣٠ من التقنين الألماني) . (والثانية) حالة إمكان تعيين عدل المضرر من بين من وقع منهم الفعل الضار رغم تعددهم وإمكان تحديد نصيب كل منهم في إحداثه ، وفي هذه الحالة لا يسأل كل منهم إلا عن الضرر الحادث بخطئه ، ولا يسألون البتة على وجه التضامن (أنظر المادة ١٣٦ من التقنين البولونى والمادة ١٣٠٢ من التقنين النساوى) وهذا هو حكم حالة الإخفاء التي تقدمت الإشارة إليها في التقنين السويسرى . أما فيه يتعلق برجوع المسؤولين فيما بينهم عند التضامن ، فيحدد القاضي ما يؤدبه كل منهم معتداً في ذلك بحماية المخطأ الذى وقع منه ونصيب هذا الحصص في إحداث الضرر وكان ضارفاً حرم شأنه أن يكتسب من مدى مساهمة المسئول في الضرر الحادث من هؤلاء المسؤولين جميعاً . فإذا استحال تحديد نصيب كل منهم في المسؤولية ، فتكون القسمة سوية بينهم ، إذ الفروض أن الدليل لم يقع على تفاوت بينهم . وقد واجهت تقنين الالتزامات السويسرى حالة تعدد المسئولين عن ذات الضرر مع اختلاف أسباب المسؤولية ، كأن يسأل البعض على أساس العمل غير المشروع ، والبعض على أساس التامد ، والبعض يحتضى نس في القانون . وقد قضى هذا التقنين بإلزام كل منهم في هذه الصورة بأداء عين الدين إلزاماً متداً ، وفرز في المادة ٥١ فيما يتعلق بملافة بعضهم بالبعض الآخر أن تبعه الضرر تقع أولاً على عاتق من أحدثه من بين المسئولين بعمل غير مشروع ، وتقع أخيراً على عاتق من يسأل عنه يحتضى نس في القانون دون أن يكوى مسئولاً بناء على خطأ وقع منه أو بناء على التزام تافدى ، وغنى عن البيان أن هذا الحكم لا يتيسر الأخذ به إلا بقتضى نص خاص . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٢٨٣ - من ٢٨٤) .

(١) ونحن نعرض هنا ، كما فرضنا عند بحث خطأ المضرور ، أن كلامنا المخطأ الذى وقع من المسئول والمخطأ الذى وقع من الغير هو خطأ واجب الإثبات وقد ثبت في جانب كل منهما . وقد يكون الخطأ مفترساً في جانب أى منهما أو في جانب كليهما . مثل المخطأ المفترض في جانب المسئول أب مسئول عن خطأ صدر من ابنه ، وثبت في الوقت ذاته خطأ في جانب الغير كان هو أيضاً السبب في إحداث الضرر الذى جعل الأب مسئولاً عنه . فيجوز للأب - كما قدمنا في مدد خطأ المضرور - أن يثبت أنه لم يخطئ في رعاية ولده ، فينتفى الخطأ المفترض في جانبه ، ويغفل من المسؤولية تماماً . فإذا عجز عن ذلك بقي الخطأ مفترساً في جانبه ، وهناك خطأ آخر ثابت في جانب الغير ، فيكون الأب والغير مسئولين بالتضامن نحو الضرر تطبيقاً للمادة ١٦٩ المقدمة المذكور . وإذا دافع الأب التعويض كاملاً للمضرور ، رجع به كله على الغير الذى ثبت المخطأ في جانبه ، ولا يستعيب غير أن يحتج بالخطأ المفترض في جانب الأب ، لأن هنا =

ثم يتقاسم المسئولان الغرم فيما بينهما . والأصل بحسب النص أن تكون القسمة

= الافتراض لم يقم القانون إلا لصالح الضرور وحده . وإذا استطاع الأب أن يثبت أن خطأ الغير كان هو السبب الوحيد في إحداث الضرر — بأن يثبت أن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام بواجب الرعاية كما ينبغي — تتخلص من المسؤولية بتأناً حتى نحو الضرور ، ولا يستطيع هذا أن يرجع إلا على الغير الذي ثبت خطأه ، ويرجع عليه بالتعويض كاملاً ولا يرجع الغير بشيء على الأب . وقد يكون الخطأ المفترض في جانب المسئول لا يقبل إثبات العكس . مثل ذلك سائق السيارة دهم أحد العابرة ، وأثبت خطأ شخص اعترض طريقه فجاء فاضطره إلى الانحراف عن الطريق فدهس العابرة . هنا لا يستطيع السائق ، كما استطاع الأب في المثل السابق ، أن يفي الخطأ عن جانبه لأنه مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس . بقى أنه أثبت خطأ الغير . فبالنسبة إلى الضرور يكون كل من السائق والغير مسئولاً بالتضامن ، ويستطيع الضرور أن يرجع على أى منهما بالتعويض كاملاً . فإذا رجع على السائق رجع هذا على الغير الذي ثبت خطأه بكل ما دفعه ، ولا يستطيع الغير أن يحتج بالخطأ المفترض في جانب السائق لأن هذا الافتراض لم يقم القانون إلا لصالح الضرور وحده . أما إذا رجع الضرور على الغير ، فلا يرجع هذا على السائق شيء لأنه لم يثبت في جانبه خطأ ولا يجدى الخطأ المفترض في جانبه كما قدمنا . ويستطيع السائق أن يتخلص من المسؤولية بتأناً نحو الضرور إذا هو أثبت أن خطأ الغير كان هو السبب الوحيد في إحداث الضرر ، وفي هذه الحالة لا يرجع الضرور إلا على الغير ، ويرجع عليه بالتعويض كاملاً ، ولا يرجع الغير بشيء على السائق . ويستطيع السائق ، الإثبات أن الضرر كان لابد واقعاً حتى لو قام بواجبه في الحراسة كما ينبغي ، لأنه يثبت بذلك أن خطأ الغير كان لا يمكن توقعه ولا يستطيع دفعه ، فيكون بمثابة القوة القاهرة ، فيخلص السائق من المسؤولية على النحو الذي قدمناه (أنظر في هذا المعنى استئناف مختلط في ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ١٠ -- وفي ٢ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٤ — وفي ٢٥ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٠) — وقد يزيد الضرر الذي أحدثته السائق عن الضرر الذي قصد تفاديه فلا تكون قوة القاهرة ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان التهم إنما ارتكب ما ارتكبه مريداً مختاراً بعد أن وازن بين أمرين ، القضاء على حياة الغلام الذي اعترض سيارته عند مفترق الطرق أو الصعود بالسيارة على لإفريز الشارع حيث وقعت الواقعة ، وكان الفعل المرتكب في حالة الضرورة لا يتناسب بحال مع ما قصد تفاديه ، بل كان بالبداهة أهم منه شأنناً وأجل خطراً وأكبر قيمة ، فإن التعويض يكون واجباً إذا ما لحق الغير ضرر (نقض جنائي في ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ١٥٨ ص ٤٦٨ — وانظر في الفقه والقضاء الفرنسيين في هذه المسألة ما زود فقره ١٦٥٢ — فقره ١٦٥٣ — ٢) .

ومثل الخطأ المفترض في جانب الغير هو عين المثل المتقدم إذا اعتبر الضرور الغير الذي كان سبباً في دهم السيارة إياه هو الفاعل الأصلي فرجع عليه بالتعويض كاملاً . ولا يستطيع الفاعل الأصلي أن يرجع على السائق — وقد أصبح السائق هنا هو الغير — لأنه لا يستطيع الاحتجاج بالخطأ المفترض في جانب السائق إذ أن هذا الخطأ لم يفترض إلا لصحّة الضرور كما قدمنا . ومثل ذلك أيضاً سيارتان اصطدمتا ، فذهب من جراء هذا الاصطدام عابر في الطريق ، واستطاع الضرور =

بالتساوى على عدد الرؤوس . إلا إذا استطاع القاضى أن يحدد جسامه بكل من الخطأين فيجوز له أن يجعل القسمة بحسب جسامه الخطأ . وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام فى خطأ المضرور (١) .

٦٠٠ - اشتراك خطأ المدعى عليه وخطأ الغير وخطأ المضرور فى

إحداث الضرر : وقد يساهم فى إحداث الضرر خطأ أول يثبت فى جانب المدعى عليه . وخطأ ثان يثبت فى جانب الغير ، وخطأ ثالث يثبت فى جانب المضرور . فى هذه الحالة يتحمل المضرور ، وقد ثبت خطأ فى جانبه ، ثلث الضرر . ويتحمل المدعى عليه والغير متضامنين بالثلثين الباقيين . فيرجع المضرور بثلثي التعويض على المدعى عليه أو على الغير . ويرجع من دفع الثلثين على المسئول الآخر بالثلث . هذا ما لم ير القاضى أن يكون التوزيع

= أن يثبت خطأ فى جانب أحد السائقين دون الآخر ، فإن السائق الذى ثبت فى جانبه الخطأ ودفع التعويض كاملاً لا يستطيع الرجوع بشئ على السائق الآخر - وهو هنا الغير - إذ لا يوجد فى جانب هذا الأخير إلا خطأ مفترض .

ومثل الخطأ المفترض فى جانب كل من المسئول والغير سيارتان اصطدتا ، فأصيب عابر من جراء هذا الاصطدام ، ولم يتطع المضرور إثبات خطأ فى جانب أى من السائقين . فللمضرور الرجوع على أى منهما بالتعويض كاملاً بمقتضى الخطأ المفترض . ويبنى أن ترى هل يستطيع من دفع التعويض أن يرجع على المسئول الآخر بنصيبه فيه ؟ كان القياس ألا يرجع لأنه لا يستطيع الاحتجاج بالخطأ المفترض فى جانب السائق الآخر ، ولكن القول بذلك يفتح الطريق أمام المضرور لتحكم ما بين السائقين ، فأيهما يختار يضطره إلى دفع التعويض كاملاً دون رجوع على المسئول الآخر . ومن أجل ذلك جرى الفقه والقضاء فى فرنسا على أن يرجع السائق الذى دفع التعويض كاملاً على السائق الآخر بنصيبه فى هذا التعويض (مازو ٢ فقرة ١٦٦١) .

(١) ولا بد أن نلاحظ هنا أن النسب جعل الأصل أن تكون القسمة فيما بين المسئولين بالتساوى على عدد الرؤوس . وهذا ظاهر أيضاً من الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للمادة ١٦٩ وقد قنناها فيما تقدم . فقد كان المشروع النهائى ينص على القسمة تبعاً لجسامه الخطأ ثم عدل شمل الأصل أن تكون القسمة بالتساوى . أما القضاء المصرى فكان يجرى على أن الأصل هو أن تكون القسمة بحسب جسامه الخطأ . فقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تبين أن حادثة الإصابة الخطأ وقعت باشتراك شخصين فى الخطأ ، وجب توزيع المسئولية عليهما كل بمقدار خطئه (نفس جنائى فى ٥ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٢/١٥٩ من ٣٢٥) . وانظر أيضاً فى هذا المسمى : استئناف مختلط فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤ س ٨٤ - وفى ٣ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ س ٢٧٥ - وفى ١٤ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ س ٢٣٦ - وفى ١٦ يناير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ س ٢٢ .

لا على عدد الرؤوس بل بحسب جسامه خطأ كل من الثلاثة (١) .

المطلب الثاني

انعدام السببية لأن السبب غير منتج أو غير مباشر

٦٠١- مآلناه : قد تتعدد أسباب الضرر ويكون خطأ المدعى عليه

(١) أما إذا كان هناك خطأ مفترض : فإن كان مفترضاً في جانب الضرر وحده وخطأ كل من المدعى عليه والغير ثابت، لم يحتج بهذا الخطأ المفترض على الضرر لأنه أقيم لصالحه كما قدمنا، ورجع الضرر على أي من المشولين بالتعويض كاملاً، ورجع هذا بنصف التعويض على المشول الآخر .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب المدعى عليه وحده وخطأ كل من الضرر والغير ثابت ، فالقياس أن يرجع الضرر بثلي التعويض على أي من المدعى عليه أو الغير ، ولكن هذا الحل يجعل الغير يضار بالخطأ المفترض في جانب المدعى عليه ، إذ لو اتفق هذا الخطأ ، وثق الخطأ الثابت في جانب كل من الضرر والغير ، لتحمل الغير نصف التعويض لا الثلثين ، لذلك يرجع الضرر في الحالة التي نحن بصدددها على الغير بالنصف ولا يرجع الغير بشيء على المدعى عليه ، وإذا رجع الضرر على المدعى عليه بالنصف ، رجع المدعى عليه بما دفع كاملاً على الغير (أنظر في هذا المعنى ما زو ٢ فقرة ١٦٦٤ ص ٥٤٨ - ص ٥٤٩) .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب الغير وحده وخطأ كل من المدعى عليه والضرر ثابت ، رجع الضرر ، للأسباب التي قدمناها في الصورة السابقة ، على المدعى عليه بنصف التعويض ، ولا يرجع هذا على الغير بشيء . ويجوز أيضاً للضرر أن يرجع على الغير بالنصف ، ويرجع الغير بما دفعه كله على المدعى عليه .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب كل من الضرر والمدعى عليه وخطأ الغير ثابت ، رجع الضرر بالتعويض كاملاً على الغير ولا يرجع هذا بشيء على المدعى عليه . ويستطيع الضرر كذلك أن يرجع بالتعويض كاملاً على المدعى عليه ، ويرجع هذا على الغير بكل ما دفعه . وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب كل من الضرر والغير وخطأ المدعى عليه ثابت ، رجع الضرر بالتعويض كاملاً على المدعى عليه ولا يرجع هذا بشيء على الغير . كما يجوز للضرر أن يرجع بكل التعويض على الغير ، ويرجع هذا بكل ما دفعه على المدعى عليه .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب كل من المدعى عليه والغير وخطأ الضرر ثابت ، فليس للضرر أن يرجع إلا بنصف التعويض على أي من المشولين ، لأن خطأ ثبت في جانبه . ومن دفع نصف التعويض يرجع على المشول الآخر بنصف ما دفع أي بنصف النصف .

وإذا كان الخطأ مفترضاً في جانب الثلاثة جميعاً ، كما إذا اصطدمت سيارات ثلاث وأصيب إحداها لم يستطع السائق المضرور أن يثبت خطأ أي من السائقين الآخرين ، جاز للسائق المضرور أن يرجع بالتعويض كاملاً على أي من السائقين الآخرين ، والسائق الذي يدفع النصف يقع كاملاً يرجع بقصده على السائق الآخر (أنظر في هذا الموضوع ما زو ٢ فقرة ١٦٦٤) .

أحد هذه الأسباب . ولكن يؤدي هذا التعدد إلى انقطاع الصلة ما بين الخطأ والضرر فتتعدم علاقة السببية . وقد يكون للضرر سبب واحد هو خطأ المدعى عليه . ولكن الضرر ذاته هو الذي يتعدد . إذ تتعاقب الأضرار . فتقطع الصلة ما بين بعضها وبين خطأ المدعى عليه من جراء تسلسل النتائج . فتتعدم علاقة السببية فيما انقطعت فيه الصلة .

وستعرض كلا من الحالتين : (١) تعدد الأسباب (٢) تسلسل النتائج (أو تعاقب الأضرار) .

١٤ - تعدد الأسباب

٦٠٢ - تعدد الأسباب مع الاستفراق أو دوره استفراق : كثيراً

ما تتعدد الأسباب التي تتدخل في إحداث الضرر . وعند ذلك يعيننا أن نعرف هل نأخذ بهذه الأسباب جميعاً . القريب منها والبعيد . ونعتبرها كلها أسباباً أحدثت الضرر . أو نقف من هذه الأسباب عند المؤثر المنتج دون غيره .

ويحسن في هذا العدد أن نميز بين حالتين في تعدد الأسباب : الحالة الأولى إذا تعددت الأسباب مع استفراق سبب منها للأسباب الأخرى . والحالة الثانية إذا تعددت الأسباب دون استفراق .

١ - تعدد الأسباب مع استفراق سبب منها للأسباب الأخرى

٦٠٣ - بقاء السبب المنفرد ومعه مرتبة المسؤولية : رأينا في بحث

السبب الأجنبي أنه يجوز أن يكون للضرر سببان . ولكن أحدهما يستغرق الآخر . ويبقى هو السبب الوحيد الذي أحدث الضرر . فتتحقق مسؤولية صاحبه كاملة . ورأينا أن هذا يتحقق في فرضين :

١ - أن يكون أحد السببين خطأ عمداً والآخر غير عمد . فيستغرق الخطأ العمد الخطأ غير العمد . ويصبح هو السبب الوحيد الذي تقف عنده . فإذا تعدد شخصان إحداث ضرر بآخر . وساعده على إحداث هذا الضرر خطأ

ارتكبه المضرور أو ارتكبه الغير ، كما لو انتهر شخص فرصة سير غريمه في الطريق غير ماتي بالالما حوله فدهسه بسيارته ، أو رأى حفرة في الطريق حفرها الغير خطأ فأوقع غريمه فيها ، اجتمع سببان تدخلا في إحداث الضرر : تعمد الجاني وخطأ المجني عليه أو خطأ الغير . ولا شك في أن تعمد الجاني قد استغرق خطأ المجني عليه أو خطأ الغير ، فالتعمد وحده هو الذي نقف عنده ، ويعتبر السبب الوحيد في إحداث الضرر ، ويكون المدعى عليه مسؤولا وحده مسئولية كاملة .

٢ - أن يكون أحد السببين نتيجة للسبب الآخر . مثل ذلك أن يخطيء الطبيب في نصيحة المريض أو المحامي في توجيه الموكل أو المهندس في المشورة على العمل ، فيخطيء المريض أو الموكل أو العميل في اتباع النصيحة أو التوجيه أو المشورة فيصاب بالضرر . ومن ثم وجد سببان متواليان تدخلا في إحداث الضرر : المشورة الخاطئة وتنفيذ هذه المشورة . ولكن أحد السببين هو الذي ساق إلى السبب الآخر ، فكان هذا نتيجة له ، إذ المشورة هي التي سافت إلى التنفيذ فكان التنفيذ نتيجة للمشورة . ويرتب على ذلك أن المشورة تستغرق التنفيذ ، وتصبح هي وحدها السبب الذي نقف عنده ، وتحقق مسؤولية الطبيب أو المحامي أو المهندس وحده مسؤولية كاملة .

ب - تعدد الأسباب دون استغراق

٦٠٤ - نظريته : أما إذا تعددت الأسباب ولم يستغرق سبب منها الأسباب

الأخرى ، جاز عندئذ التساؤل هل نأخذ بهذه الأسباب جميعاً وهذه هي نظرية تكافؤ الأسباب *théorie de l'équivalence des conditions* - la condition sine que non أو نقف منها عند الأسباب المؤثرة المنتجة وهذه هي نظرية السبب المنتج *(théorie de la causalité adéquate)* . وقد كان فقهاء الألمان وتبعهم في ذلك فقهاء البلاد الأخرى - يقولون بنظرية تكافؤ الأسباب ، ثم هجروها - وتبعهم في ذلك أيضاً غيرهم - إلى نظرية السبب المنتج . ونستعرض الآن كلا من النظريتين .

٦٠٥ - نظرية نظرية الأسباب : قال بهذه النظرية الفقيه الألماني فون بيرغ

(Von Buri) (١). ومؤداها أن كل سبب له دخل في إحداث الضرر - مهما كان بعيداً - يعتبر من الأسباب التي أحدثت الضرر . فجميع الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر متكافئة . وكل واحد منها يعتبر سبباً في إحداثه . ويكون للسبب دخل في إحداث الضرر إذا كان لولاه لما وقع الضرر . فلو أن ثملاً سار في عرض الطريق فدهسته سيارة بسرعة . وكان من اليسير على سائق السيارة أن يتفادى الحادث لو أنه كان يسير بسرعة معتدلة . كما كان يمكن لتتمل أن يتفادى الحادث لو أنه كان مالكاً لتوازنه . كان هناك سببان في إحداث الضرر : خطأ السائق في السير بسرعة كبيرة وخطأ المصاب في السير في الطريق العام وهو ثمل . ذلك أن الضرر ما كان ليقع لو لم يكن السائق مسرعاً . وما كان أيضاً ليقع لو لم يكن المصاب ثملاً . فالسببان متكافئان في إحداث الضرر . ويعتبر كل منهما سبباً فيه . ويكون صاحبة مشؤلاً . فتتحقق المسئوليتان معاً . كذلك لو كان لشخص سيارة ولم يتخذ الاحتياطات المعقولة للمحافظة عليها فسرقت منه . وساقها السارق بسرعة كبيرة فدهس أحد العابرة . كان هنا أيضاً سببان في إحداث الضرر : سرعة السائق وتصير صاحب السيارة في المحافظة عليها . فالضرر ما كان ليقع لو لم يكن السارق مسرعاً . وما كان أيضاً ليقع لو لم يهمل صاحب السيارة ففسدت منه فالسببان متكافئان في إحداث الضرر . وكلاهما يعتبر سبباً في إحداثه .

٦٠٦ - نظرية السبب المنتج : قال بهذه النظرية الفقيه الألماني فون

كريس (Von Kries) (٢) . فالحاز لها الكثرة من الفقهاء في ألمانيا وفي غيرها من البلاد . وساعد على هجر نظرية تكافؤ الأسباب إلى نظرية السبب المنتج أن القرائن القانونية على الخطأ المفترض كثرت . فأصبح من اليسير استظهار خطأ مفترض في جانب المدعى عليه ينضم إلى أخطاء أخرى أكثر وضوحاً وبروزاً . فلو قلنا بنظرية تكافؤ الأسباب أوجب اعتبار جميع هذه الأخطاء . وفيها الخطأ المفترض . أسباباً متكافئة . ومن ثم أثر الفقهاء نظرية السبب المنتج . فيستعرضون الأسباب المتعددة التي كان ذا دخل في إحداث

(١) مازو ٢ فقرة ١٢٤٠ والمراجع المشار إليها .

(٢) مازو ٢ فقرة ١٢٤١ والمراجع المشار إليها .

الضرر ، ويميزون بين الأسباب العارضة (fortuites) والأسباب المنتجة (adéquates) . ويقفون عند الثانية دون الأولى ويعتبرونها وحدها السبب في إحداث الضرر . وإذا قيل إن كلا من السبب المنتج والسبب العارض كان له دخل في إحداث الضرر ، ولولاه لما وقع ، إلا أن السببية بهذا المعنى هي السببية الطبيعية . ونحن إنما نريد السببية القانونية . فنبحث أى الأسباب التى يقف عندها القانون من بين الأسباب الطبيعية المتعددة ليعتبرها وحدها هي الأسباب التى أحدثت الضرر . والسبب العارض غير السبب المنتج . وإذا كان كلاهما تدخل في إحداث الضرر . ولولاه لما وقع ، إلا أن السبب المنتج هو السبب المألوف الذى يحدث الضرر في العادة (١) ، والسبب العارض هو السبب غير المألوف الذى لا يحدث عادة هذا الضرر ولكن أحدثه عرضاً . أرأيت لو أهمل صاحب السيارة في المحافظة عليها فسرت منه . وعدا بها السائق في سرعة كبيرة فدهس أحد العابرة . فاجتمع سببان في إحداث الضرر هما خطأ صاحب السيارة وخطأ السائق ، ماذا يكون من هذين السببين هو السبب المألوف ؟ أليس هو خطأ السائق في أن يسير بسرعة كبيرة إذ هو الذى يحدث هذا الضرر في العادة . وأليس خطأ صاحب السيارة في إهماله في المحافظة عليها حتى سرت منه وإن كان له دخل في إحداث الضرر إلا أنه سبب غير مألوف لا يحدث عادة هذا الضرر ؟ فخطأ السائق وحده هو السبب المنتج . أما خطأ صاحب السيارة فسبب عارض . ويجب الوقوف عند السبب المنتج دون السبب العارض . واعتبار صاحب السبب المنتج هو وحده المسئول . وفي مثل المثل الذى دهسته السيارة المسرعة اجتمع سببان في إحداث الضرر : خطأ المثل وخطأ السائق . وكلاهما سبب مألوف يحدث هذا الضرر عادة . فهما سببان منتجتان . وصاحباهما مسئولان معاً . ومن ثم يكون السببان في هذا المثل منتجين وفقاً لنظرية السبب المنتج . ومتكافئين وفقاً لنظرية تكافؤ الأسباب .

ويتضح مما تقدم أن نظرية السبب المنتج هي النظرية الأخرى بالاتباع (٢) .

(١) مارتن (Martin) في المحلّة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٣٩ ص ٦٨٥ وما بعدها .

(٢) أنظر في تحول القضاء الفرنسى عن نظرية تكافؤ الأسباب إلى نظرية السبب المنتج مازو ٢ ، فقرة ١٤٤٢ - ٢ .

٦٠٧- الاثر الذي يترتب على تعدد الأسباب التي أهدمت الضرر :

فلذا نحن عرفنا الأسباب التي أحدثت الضرر - سواء اهتمدنا إلى هذه الأسباب عن طريق نظرية السبب المنتج أو عن طريق نظرية تكافؤ الأسباب - ووجدنا هذه الأسباب متعددة ، فقد رأينا فيما قدمناه عند الكلام في السبب الأجنبي أن هذا التعدد له أثر كبير في المسؤولية. ونستعرض في إيجاز الفروض المختلفة ملخصين ما قدمناه في هذا الصدد .

فقد يجتمع سببان في إحداث الضرر : خطأ المدعى عليه وقوة قاهرة أو خطأ المدعى عليه وخطأ المضرور أو خطأ المدعى عليه وخطأ الغير . أو تجتمع أسباب ثلاثة : خطأ كل من المدعى عليه والمضرور والغير .

فلذا اجتمع خطأ المدعى عليه وقوة قاهرة : كان المدعى عليه مسئولاً عن التعويض الكامل ، لأن خطأه كان سبباً في إحداث الضرر . ولا يستطيع الرجوع على أحد . لأن الحادث الذي اشترك مع خطئه في إحداث الضرر كان قوة قاهرة . فيتحمل وحده المسؤولية كاملة . فلو أن شخصاً لكم شخصاً آخر في صدره لكلمة بسيطة . وتصادف أن المصاب كان مريضاً بالقلب ولم يكن المدعى عليه يعلم ذلك ، فأتى المصاب من جراء هذه الكلمة . كان المدعى عليه مسئولاً مسؤولية كاملة عن موت المصاب (١) . ولو سار سائق السيارة مسرعاً أكثر مما يجب ، فلذا بريح عاصف اقتلع شجرة ورمها في عرض الطريق أمام السيارة . فانقلبت السيارة على أحد العابرة فأصابته . كان المدعى عليه مسئولاً عن التعويض الكامل . ولا يستطيع الرجوع على أحد كما هو الأمر في المثل السابق .

وإذا اجتمع خطأ المدعى عليه وخطأ المضرور . كما إذا أسرع سائق السيارة في سيره فاعترض طريقه شخص ثمل فدهسه . كان هناك خطأ مشترك

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختصة بأنه إذا فرض أن المضرور في حادث كان لديه استعداد من قبل (prédisposé) للعرض الذي أصابه بسبب هذا الحادث ، فيمكن أن يكون الحادث هو السبب الذي حرك هذا الاستعداد (prédisposition) حتى تقوم علاقة السببية بين الحادث والمرض ، فيلزم المتسبب في الحادث بتعويض الضرر (استثناء مختلط في أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٥٥) .

(faute commune) كما قدمنا ، ورجع المضرور على المسئول بنصف التعويض على النحو الذى سبق أن بيناه .

وإذا اجتمع خطأ المدعى عليه وخطأ الغير . كما إذا سار السائق فى سرعة كبيرة واعترضته حفرة فى الطريق أحدثها الغير خطأ فانقلبَت السيارة وأصابَت أحد العابرة ، فإن كلا من الخطأين يعتبر سبباً فى إحداث الضرر ، ويكون المدعى عليه مسئولاً نحو المضرور عن تعويض كامل . ويرجع بنصف التعويض على الغير الذى أحدث الحفرة خطأ فى الطريق .

وإذا اجتمع خطأ كل من المدعى عليه والمضرور والغير . كما إذا سار السائق بسرعة كبيرة فعثر بحفرة أحدثها الغير خطأ فى الطريق فنقلت السيارة وأصابَت شخصاً ثملاً كان يعبر الطريق ، كان السائق مسئولاً نحو المضرور عن ثلثي التعويض ، ويرجع بالثلث على الغير .

٢٥ - تسلسل النتائج

(أو تعاقب الأضرار والضرر غير المباشر)

٦٠٨- التمييز بين تعدد الأسباب وتسلسل النتائج : ينبغي أن نميز تمييزاً دقيقاً بين حالة تعدد الأسباب التى عاجلناها فيما تقدم وحالة تسلسل النتائج أو تعاقب الأضرار التى نعالجها الآن . فى الحالة الأولى الضرر واحد لم يتعاقب ، والأسباب هى التى تعاقبت فتعددت . وفى الحالة الثانية السبب واحد لم يتعدد ، والأضرار هى التى تعاقبت عن هذا السبب الواحد فصارت أضراراً متعددة . فى إحدى الحالتين إذن السبب هو المتعدد ، أما الضرر فيبقى واحداً . وفى الحالة الأخرى الضرر هو المتعدد ، أما السبب فيبقى واحداً . وقد تمتزج الحالتان فتتعدد الأسباب وتتعاقد الأضرار ، فيعطى لتعدد الأسباب حكمه الذى قدمناه . ويعطى لتعاقب الأضرار الحكم الذى سنسبته فيما يلى .

٦٠٩ - أمثلة عملية لتسلسل النتائج أو تعاقب الأضرار : يوجد

مثل تقليدى أوردته بوتيه فى الأضرار التى تتعاقب ، وهو مثل فى المسئولية

العقدية ولكنه ينطبق أيضاً على المسؤولية التقديرية . تاجر مواش يبيع بقرة . موبوء (١) ، فتعدي مواشى المشتري . وتموت وتموت معها سائر المواشى . فلا تمكن المشتري من زراعة أرضه . فيعوز له مال . فلا يستطيع الوفاء لديونه . فيحجز الدائنون على أرضه ويبيعونها عليه بثمن بخس . فهذه أضرار متعاقبة يجر بعضها بعضاً : موت البقرة الموبوءة ، عدوى المواشى وموتها ، العجز عن الزراعة ، العجز عن وفاء الديون ، الحجز على الأرض وبيعها بثمن بخس . ويرى بوتيه بحق أن الأضرار المباشرة التي يجب التعويض عنها هي موت البقرة الموبوءة وعدوى المواشى وموتها . أما العجز عن الزراعة وعن وفاء الديون والحجز على الأرض وبيعها بثمن بخس . فهذه أضرار غير مباشرة لا محل للتعويض عنها .

وقد وقع في مصر ما يقرب من هذا . فقضت فيه محكمة الاستئناف الوطنية (٢) بما يأتي : « إذا تلفت آلات وابور بسبب حادث حصل للقطار الذي كانت هذه الآلات مشحونة فيه ، فلا تسأل المصلحة عن الضرر غير المتسبب مباشرة عن الحادث ، كأن يقال إن هذا الوابور كان معداً للتركيب على بئر ارتوازية وبسبب تلف الآلات تعذر الانتفاع بهذه البئر . فتلفت زراعة صاحب البئر . وكان أيضاً متعهداً بأن يروي لأصحاب الأطيان المجاورة فلم يروها بسبب هذا الحادث فطالبوه بتعويض الضرر . ثم إنه لم ينتفع أيضاً بالأرض التي حفر البئر فيها وبالأرض التي أعدها لوضع الوابور ألخ ألخ . وأن المصلحة مسنولة عن تعويض كل هذه الأضرار » .

وقد قضت محكمة النقض (٣) كذلك بما يأتي : « ... إذا حمل الحكم

(١) أو يخلطها بمواشى الغير ، وهو عالم أنها موبوءة ، عن إهمال — وذلك حتى ينطبق المثل على المسؤولية التقديرية .

(٢) في ٢٢ أكتوبر سنة ١٩١٤ الصرائح ٢ رقم ٥١/٢ من ٢٤٧ — أنظر أيضاً استئناف مختلط في ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٨٣ المجموعة الرسمية للعناكم المختلطة ٩ من ٢٩ — وفي ٢٨ يناير سنة ١٨٨٥ المجموعة الرسمية للعناكم المختلطة ١٠ من ٤٣ — وفي ١٠ يونيو سنة ١٨٩٧ م ٩ من ٣٨٧ — وفي ٦ يونيو سنة ١٨٩٩ م ١١ من ٢٦٧ .

(٣) في ٩ أبريل سنة ١٩٣٦ الخامة ١٧ رقم ٤٠ من ٧٤ — ملحق بمجلة القانون والاقتصاد ٦ من ١٧٦ مع تعليق الدكتور سليمان مرقس — أنظر كذلك محكمة طنطا في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ١٠٠ من ٢٣٥ — استئناف مختلط في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ من ٥٢ — وفي ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ من ٢٩٧ — وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٥ من ٢٣ .

مصلحة الآثار مسئولية خطئها من سحب رخصة من متجر بالآثار . وما يترتب على هذا السحب من اعتباره متجراً بغير رخصة . وتخريب محضر مخالفة له ، ومهاجمة منزله ، وإزالة اللوحة العُلقة على محل تجارته . وقضى له بناء على ذلك بتعويض عما لحقه من هذه الأضرار . فتقاضاه صحيح قانوناً (١) .

فهذه أمثلة عملية منتزعة من صميم الحياة المصرية نرى فيها الأضرار عن السبب الواحد تتلاحق وتتعاقب وتتسلسل . فأين نقف ؟ القاعدة التقليدية هي أننا نقف عند الضرر المباشر (dommage direct) فنعوض عنه . ونغفل الضرر غير المباشر (dommage indirect) فلا يجب له التعويض . ولكن كيف نحدد ما إذا كان الضرر مباشراً أو غير مباشر ؟

٦١٠ - **مقياس الضرر المباشر:** يجب باديء الأمر التمييز ما بين الضرر المباشر (direct) والضرر المتوقع (prévisible) ، فالضرر المتوقع هو ما كان محتمل الحصول ممكناً توقعه ، فهو بهذه المثابة يكون ضرراً مباشراً . وقد فصلنا الكلام فيه في المسئولية العقدية . ويمكن القول إن كل ضرر متوقع يكون ضرراً مباشراً ، ولكن ليس كل ضرر مباشر يكون ضرراً متوقعاً ، فمن الأضرار المباشرة ما ليس محتمل الحصول ولا يمكن توقعه . فما هو إذن مقياس الضرر المباشر ؟ تعرض الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ من القانون المدني الجديد لهذه المسألة الهامة ، فتقول :

« إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ، بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل

(١) ونرى أيضاً أنه إذا أرسلت شركة آلات زراعية إحدى آلاتها حديثة الاختراع إلى وكيل لها في الريف ، فأصاب هذه الآلة تلف بفعل أمين النقل ، ترتب عليه مثل الخربة التي أجراها الوكيل على مشهد من كبار المزارعين في بلده ، ورفض المزارعون قبول هذه الآلة ، وعدول المزارعين عن شراء مثله ، فإن أمين النقل لا يسأل إلا عن نائب الآلة باعتباره ضرراً مباشراً ، أما ما تلى ذلك من أضرار فيعتبر نتيجة غير مباشرة لحطأ أمين النقل (الدكتور سنيان مرقس في العمل الفاضل ص ٥٩) .

جهد معقول (١)

فالضرر المباشر إذن هو ما كان نتيجة طبيعية (normal) لحظاً الذي أحدثه ويبقى بعد ذلك أن نعرف ما لدى يعتبر نتيجة طبيعية . يقول نص : «ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقعه ببذل جهد معقول » . وهذا معيار يجمع بين الدقة والمرونة ، نراد لأول مرة في القانون المدني الجديد (٢) ، وإن كان يمكن استخلاصه من قضاء محكمة الاستئناف

(١) تاريخ النص (الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ فقط — أما الفقرة الثانية من هذه المادة فقد سبق إيراد تاريخها عند الكلام في المسؤولية التقديرية : أنظر اتفاقية ٥١) : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ٢٢٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : «إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنس في القانون والقاضي هو الذي يقدره . ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به . وبداخل في ذلك الضرر الذي لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقعه ببذل جهد معقول » . وقد أقرت لجنة المراجعة النص كما هو وأصبح رفعه الفقرة الأولى من المادة ٢٢٨ من المشروع النهائي . وفي النتيجة التشريعية تحسّن النواب استندلت عبارة «وبداخل في ذلك الضرر الذي لم يكن في استطاعة الدائن ... » عبارة «ويعتبر ضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن ... » وأرادت اللجنة بهذا التعديل أن تضع نفاذ معياراً يسترشد به في تقدير ما يعتبر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء ، وهي في الوقت ذاته لا تقيد بهذا المعيار الذي نصت عليه المادة فلا مانع من أن يتخذ معياراً آخر إذا رأى ذلك . ووافق مجلس النواب على النص كما عدله لجنته . وكذلك وافقت لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ على النص كما أقره مجلس النواب وأصبح رفعه الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ . ووافق مجلس الشيوخ عليه . (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٥٦٣ -- ص ٥٦٦) .

وقابل هذا النص في القانون المدني القديم المادتان ١٧٩/١٢١ من هذا القانون ، وكانا نصان على ما يأتي : «التضمينات عبارة عن مقدار ما أصاب الدائن من الخسارة وما ضاع عليه من الكسب بشرط أن يكون ذلك ناشئاً مباشرة عن عدم الوفاء » .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : «إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد (الشرط الجزائي) أو مقدراً بنس القانون (الفوائد) تولى القاضي تقديره . ويناط هذا التقدير ، كما هو الشأن في المسؤولية التقديرية ، بمقتصرين قوامهما ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب . ويشترط لاستحقاق التعويض أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فيه ، سواء أكان أساسه فوات هذا الكسب أم تحقق تلك الخسارة . ويراعى أن عبارة «النتيجة الطبيعية» أمن في الدلالة على المقصود من عبارة «النتيجة المباشرة» التي استعملها التقنين المصري (القديم) مقتدياً في ذلك بكثير من التقنينات الأخرى . وقد بلغ من أمر إعراض التقنين اللبناني عن اصطلاح «النتيجة المباشرة» أن نص في المادة ٢٦١ على وجوب الاعتداد بالضرر غير المباشر كما يعتد بالضرر المباشر على =

المختلطة (١). فانطبقه على الأمثلة العملية التي قدمناها .

البقرة الموبوءة التي نفقت بعد أن أعدت سائر المواشي فنفت هذه أيضاً ،
فكان المشتري يستطيع أن يتوقى هذه الأضرار ببذل جهد معقول ؟ ينظر في

سبيل التخصيص والإفراد متى كانت له صلة عتقة بالخلف عن لوفاء بالالتزام . وقد عي
النزوع بتحديد دلالة عبارة (النتيجة الطبيعية) ، تحديداً وافياً ، فنص في المادة ٢٩٩ على أنها
تصرف إلى الضرر الذي لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقى . وقد تقدم عند تفصيل أحكام
الخطأ المشترك أن الدائن يقاسم مدينه تبعة الخطأ ، ويحتمل المسؤولية عن شق من الضرر إذا
امتنع عن دفع هذا الشق متى كان في استطاعته أن يفعل ذلك ببذل قسط معقول من الحيلة .
ومؤدى هذا أن نصيب الدين من تبعة الضرر ينحصر فيما لا يكون للدائن قبل توقيه على الوجه
الذى تقدمت الإشارة إليه . وهذا هو المقصود بالنتيجة الطبيعية لخطأ الدين عن الوفاء بالالتزام .
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٤ — ص ٥٦٥) .

(١) فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه من المبادئ المقررة أن من صدر منه خطأ
لا يجب عليه التمييز إلا في محدود الأضرار التي كان لا يمكن إن ارتكب ضده الخطأ أن
يتوقاها بتجهده . وعدم بذل هذا الجهد هو في ذاته خطأ يوجب المسؤولية . فإذا أبطلت إجراءات
نزع الملكية على أساس أنها اتخذت على وجه غير قانوني ضد محجور عليه ، لم يجوز لورثة المحجور
عليه مطالبة الدائن الذى اتخذ هذه الإجراءات بقيمة الثروات التي انتزعت من مورثهم عن طريق
الإجراءات الباطلة ، إذا كان من الثابت أن قيم المحجور عليه ومن بعده الورثة ، وكانوا على علم
بهذه الإجراءات ، أبطلوا في رفع دعوى البطلان ، فشكلوا بنقضهم هذا للضرر من أن يقع
(استئناف مختلط في ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٣) — كذلك إذا أبطلت إجراءات
نزع الملكية وحكم مرسى المزارع لعدم إندثار الحائز للعقار من جراء إغفال ذكر اسمه في الشهادة
القارية التي أعطيت للدائن الحاجز ، فلقسم الكتاب ، في الدفاع عن نفسه في دعوى تموين
ترفع عليه من الحائز عن المدة التي نزع منه فيها العقار ، أن يتمك بأن المسائر كان على علم
بالإجراءات التي اتخذت ، وبأنه إذا لم يكن ملزماً بتصحيح الإجراءات بأن يتصرف كما لو كان
قد أفرد ، إلا أنه كان من الواجب عليه أن يتوقى الضرر الذى كان لا بد أن ينجم من جراء
نزع العقار من يده (استئناف مختلط في ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٥٧) . وقضت
هذه المحكمة أيضاً بأن الطرف الذى يطالب بتموين الضرر يجب أن يكون قد قام من جهة
بكل ما هو ضرورى لتوقى هذا الضرر (استئناف مختلط في ٣٠ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص
٣٠٤) . أنظر أيضاً : استئناف مختلط في ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٥٣ — وفي
فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٠٤ — محكمة مصر المختلطة التجارية في ٢٨ مارس سنة ١٩٣٠
جازيت ٢٠ رقم ٢٠٣ ص ١٩٢ — محكمة المنصورة المختلطة الجزئية في ٢٢ مارس سنة ١٩٢٠
جازيت ١١ رقم ٨ ص ١١ .

ولكن لا يلزم الضرر إذا هو لم يقبل إجراء عملية خطيرة مؤلمة ، ولا ينجح عليه بهذا الرضى
للقول بأنه أخطأ في عدم تلافى الضرر الذى أصابه (استئناف مختلط في ٣ مايو سنة ١٩٢٣
جازيت ١٤ رقم ٦ ص ٢) .

ذلك إلى الظروف الملازمة . والظاهر أنه كان لا يستطيع ذلك . فتعتبر هذه الأضرار أضراراً مباشرة. أما العجز عن الزراعة . وعن وفاة الديون ، وحجز الأرض وبيعها بثمن بخس ، فإن هذا كله كان في وسع المزارع أن يتفاداه ببذل جهد معقول ، إذ كان في استطاعته أن يعتمد إلى مواصل أخرى يشتريها أو يستأجرها لزراعة أرضه . فتقف بذلك سلسلة الأضرار المتلاحقة التي أصابته من جراء موت المواشي . ومن ثم تعتبر هذه الأضرار أضراراً غير مباشرة لا محل للتعويض عنها .

آلات الوابور التي تلفت بسبب الحادث الذي وقع للقطار ، أكان صاحبها يستطيع أن يتوفى تلفها ؟ ظاهر أنه كان لا يستطيع ذلك ، فيعتبر هذا التلف ضرراً مباشراً يجب تعويضه . أما تعذر الانتفاع بالبرّ الارتوازية . فتلف الزراعة ، والعجز عن رى الأطنان المجاورة ، وعدم الانتفاع بالأرض التي حفر البرّ فيها والأرض التي أعدت لوضع الوابور ، فكل هذه أضرار غير مباشرة إذ كان صاحب الأرض يستطيع أن يتفادها بالالتجاء إلى طريق آخر للرّى (١) .

سحب الرخصة خطأ من متجر يتجر في الآثار ، وما ترتب على ذلك من تحرير محضر مخالفة لصاحبه ، ومهاجمة منزله . ونزع اللوحة المعلقة . كل هذه أضرار مباشرة ، لأن صاحب المتجر لم يكن يستطيع تلافيها ببذل مجهود معقول (٢) .

(١) ويلاحظ أن العجز عن رى الأطنان المجاورة قد لا يكون ضرراً إذا اعتبر تلف آلات الوابور قوة قاهرة تفي صاحب الأرض من التزامه برى هذه الأطنان . أما عدم الانتفاع بالأرض التي حفر فيها البرّ فقد يكون ضرراً مباشراً يعوض عنه ، إذا عدم صاحب الأرض الوسيلة للانتفاع بهذه الأرض عن طريق آخر . هذا ويعتبر ضرراً مباشراً يعوض عنه الفرق في تكايف الرّى إذا كانت الطريقة التي لجأ إليها صاحب الأرض لرى أرضه أخذ مؤونة ولم يكن في وسعه الالتجاء إلى طريقة أقل كلفة .

(٢) والآلة الزراعية حديثة الاختراع التي تلفت بفعل أمين النقل ، لم تكن الشركة تستطيع أن تتوفى تلفها ، فيعتبر هذا التلف ضرراً مباشراً . أما فشل التجربة . وما ترتب على هذا فشل من انصراف المشتري وكبار المزارعين عن شراء الآلة وأمثالها ، فإن هذا كله كانت الشركة تستطيع توقيه ببذل جهد معقول لو أنها لم تعرض للتجربة هذه الآلة الثالثة ، واستعاضت عنها بآلة سالمة ، فهذه إذن أضرار غير مباشرة .

ونرى من ذلك أن المعيار الذى أتى به القانون الجديد يستقيم فى الأمثلة التى تقع فى الحياة العملية . وهو معيار يجمع كما رأينا بين الدقة والمرونة (١) .

(١) وهو ، بعد ، ليس بالمعيار الوحيد ، فقد رأينا أن لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب تقول فى تقريرها : « وأرادت اللجنة بهذا التعديل أن تضع للقاضى معياراً يسترشد به فى تقدير ما يعتبر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء ، وهى فى الوقت ذاته لا تقيد به هذا المعيار الذى نصت عليه المادة ، فلا مانع من أن يتخذ معياراً آخر إذا رأى ذلك ، (مجموعة الأعمال التعضيرية ٢ ص ٥٦٦) . وهناك أحوال لا ينطبق فيها هذا المعيار ، ومع هذا لا يوجد شك فى أن الضرر غير مباشر . من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا رفضت الإدارة تجديد رخصة لإحدى شركات النقل وكانت مخطئة فى عدم تجديد الرخصة ، كانت مسئولة عن تعويض هذه الشركة عما أصابها من ضرر ، ولكنها لا تكون مسئولة عن تعويض بائع عربات النقل إذا أصابه ضرر من جراء عدم تجديد الرخصة بفوات صفقات كان من المنتظر أن يعقدها مع الشركة التى لم تجدد رخصتها (استئناف مختلط فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٨) . وبلاحظ هنا أن الضرر الشكوى منه قد أصاب شخصين لا شخصاً واحداً : الشركة والضرر الذى أصابها ضرر مباشر ، وبائع عربات النقل والضرر الذى أصابه ضرر غير مباشر . ويقع فى أحوال أخرى أن يصيب الخطأ الواحد شخصين بالضرر . مثل ذلك أن يتسبب شخص فى غرق شخص آخر ، فيتقدم شخص ثالث لإقاذ الفريق فيغرق معه . فهل مرتكب الخطأ يكون مسئولاً أيضاً عن غرق النفذ على أساس أن هذا الضرر إنما هو نتيجة مباشرة لحطئه ؟ قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يكون مسئولاً عن غرق النفذ ، ولكن إذا تبين أن هذا قد خاطر بمخاطرة غير مألوفة (لارتفاع النيل) لإقاذ الفريق الأول ، كان هناك خطأ مشترك يترتب عليه تخفيض التعويض (استئناف مختلط فى ٨ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٦١) — وقد وضعت المحكمة معياراً لمعرفة ما إذا كان الضرر مباشراً فى مثل هذه الأحوال . فإذا كان تدخل الغير لإقاذ شخص من خطر وضع فيه بخطأ المدعى عليه إنما هو اندفاع طبيعى من الغير أملاؤه قيام هذا الخطر ، كان الضرر الذى يصيب الغير من جراء تدخله ضرراً مباشراً يجب التعويض عنه . وتقول المحكمة فى هذا الحكم عن قضية إنجليزية معروفة (Wagner contre Int. R. Co. Corpus Juris. C. 45 p 431) : « الخطر يستدعى الإقاذ . وصرخة الاستغاثة هى دعوة إلى التجدة . وليس القانون بالذى يتجاهل أفعالات العقل هذه عند ما يربط التصرف بنتائجه ، بل هو يعترف بها نتائج مألوفة ، ويضع ما يترتب عليها من أثر فى حدود الأمور الطبيعية التى يغلب وقوعها . والخطأ الذى يتهدد حياة بالخطر هو خطأ يرتكب ضد المصاب المهدد ، وهو فى الوقت ذاته خطأ يرتكب ضد من يتقدم لإقاذه (Danger invites rescue. The cry of distress is the summons to relief. The law does not ignore these reactions of the mind in tracing conduct to its consequences. It recognizes them as normal. It places their effects within the range of the natural and probable. The wrong that imperils life is a wrong done to the imperilled victim; it is wrong also to his rescuer »

ومن اليسير تأنيبه بأن المضرور إذا لم يبذل جهداً معقولاً في توقي الضرر يكون هو أيضاً قد أخطأ . ومن ثم يوجد خطأ مشترك . وعلى المضرور أن يتحمل تبعه خطأه بتحمل الأضرار التي تنجم عن هذا الخطأ . فإذا جرح شخص آخر ، فالضرر المباشر الذي ينجم عن الجرح يتحملة المسئول . والضرر غير المباشر الذي ينجم عن إهمال المضرور في علاج نفسه يتحملة المضرور .

ونستخلص من ذلك أن الأضرار المباشرة ، أى الأضرار التي تكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثها وهي التي كان المضرور لا يستطيع توقيها ببذل جهد معقول ، هي وحدها التي تحتفظ من الناحية القانونية بعلاقة السببية بينها وبين الخطأ . أما الأضرار غير المباشرة ، وهي التي لا تكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدث الضرر ، فتقطع علاقة السببية بينها وبين الخطأ . ولا يكون المدعى عليه مسئولاً عنها .

الفرع الثاني

آثار المسئولية

٦١١- دعوى المسئولية ومزاؤها (التعويض) : إذا توافرت أركان

المسئولية - خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما - تحققت المسئولية . وترتب عليها آثارها ، ووجب على المسئول تعويض الضرر الذي أحدثه بخطأه .

== وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا تدخل شخص من تلقاء نفسه في عمل بقصد منع الضرر عن الغير ، كما إذا تدخل لوقف جواد جمع من سائمه ، فنتج عن تدخله ضرر لشخص ، فإن من يكون مسئولاً عن الحادثة فيما لو وقع الضرر للغير ، يكون مسئولاً أيضاً عن الضرر الذي أصاب ذلك الشخص ، وليس له أن يدفع عن نفسه هذه المسئولية بدعوى أن ذلك الشخص أخطأ في تدخله في الحادثة إذا كان هذا التدخل حصل بقصد القيام بعمل إنساني (استئناف وطني في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٩٥ من ١٧٥) .

وبلاحظ أننا نبحث هنا في علاقة المسئول عن الخطأ بالغير الذي يتقدم لإشاد الضرر . أما في علاقة هذا الغير بالمضرور نفسه ، فالغير مسئول بالنسبة إليه ، وله طناً لتقواعد الدفاعة أن يرجع سنة بما يصيبه من ضرر (أنظر في موضوع من يتقدم للاتخاذ souverain مارو ٢ وقد ١٠٠٩) . وهو يرجع الضرر إلى أن الخطأ قد تقدم للاتخاذ عن رغبة . - يمكن -

فالتعويض إذن هو الحكم الذى يترتب على تحقق المسؤولية . وذن جزاؤها .
ويسبق ذلك دعوى المسؤولية ذاتها . فى الكثرة الغالبة من الأحوال لا يسلم
المسئول بمسئوليته . ويضطر المضرور إلى أن يقيم عليه الدعوى .
فاستعرض فى مبحثين متعاقبين : (١) دعوى المسؤولية (٢) ، جزاء المسؤولية
(التعويض) .

المبحث الأول

دعوى المسؤولية

(Action en responsabilité)

٦١٢ - مسائل أربع : نستعرض المسائل الأربع الآتية : (١) طرفى
الدعوى : المدعى والمدعى عليه (٢) الطلبات والدفع ، ويدخل فى ذلك تقادم
دعوى المسؤولية (٣) الإثبات : عبؤه ووسائله (٤) الحكم الصادر فى دعوى
المسؤولية وطرق الطعن فيه . وبخاصة طريق النقض .

الطلب الأول

طرفا الدعوى

§ ١ - المدعى

٦١٣ - المدعى هو المضرور : المدعى فى دعوى المسؤولية هو المضرور .
وهو الذى يطالب بالتعويض . فغير المضرور ليس له حق فى التعويض .
والمضرور ، هو أو نائبه أو خلفه ، يثبت له هذا الحق . ويثبت الحق لكل
مضرور . فالمدعى أذن هو المضرور ، وكل مضرور ، ولا أحد غير المضرور .
١- غير المضرور ليس له حق فى التعويض :

٦١٤ - التبرع بالتعويض لجهة خيرية : بديسى أن غير المضرور لا

يستطيع أن يطالب بتعويض عن ضرر لم يصبه (١). ولكن يقع كثير أوبخاصة في الأضرار الأدبية - أن يعلن المضرور عن رغبته في النزول عما يحكم له به من تعويض لجهة خيرية أو لمؤسسة تعمل للمصلحة العامة . والمحظور أن يطالب المضرور من المحكمة القضاء مباشرة بالتعويض لهذه الجهة . ولا تستطيع المحكمة في هذه الحالة أن تجيبه إلى هذا الطلب . لأن الجهة الخيرية التي عيها المضرور لم يصبها أى ضرر . فلا يجوز الحكم لها مباشرة بتعويض . أما إذا طلب المضرور الحكم بالتعويض نفسه وأعلن في الوقت ذاته عن رغبته في النزول عن هذا التعويض لجهة خيرية . فلا شئ . يتبع من ذلك . ويجوز أن يشير الحكم إلى هذا الأمر . ولا يكون في هذه الإشارة مخالفة للقانون تستوجب نقض الحكم (٢) .

فإذا وقع ذلك . بئى أن نعرف هل تكسب الجهة الخيرية حقاً قبل المضرور في أن ينزل لما عن التعويض الذى قضى له به ؟ إذا طبقنا القواعد العامة ، رأينا أن المضرور لا يلتزم بإرادته المنفردة نحو الجهة الخيرية ، لأن الإرادة المنفردة لا تلزم صاحبها إلا في أحوال منصوص عليها ، ليست هذه الحالة منها . ولكن يجوز أن يعتبر إعلان المضرور رغبته في النزول عن التعويض للجهة الخيرية إيجاباً منه . يعد فيه بهية حق ثابت له ، ستقوم المحكمة بتحديد مقداره . فإذا قبلت الجهة الخيرية هذا الإيجاب أصبح المضرور ملتزماً بهذا الوعد بالهبة . مع مراعاة أن الوعد بالهبة لا يتعقد إلا إذا كان بورقة رسمية (م ٤٩٠ من القانون المدنى الجديد) (٣) .

(١) وقد قضت محكمة استئناف أسبوط بأنه إذا خالف أحد المزارعين القانون رقم ١ لسنة ١٩٢٧ الذى حرم زراعة أكثر من الثلث قطعاً ، وجنى محصول القطن المزروع فيما زاد على الثلث وباعه ، فليس لوزارة الزراعة أن تطالبه بدفع ثمن هذا القطن إليها ، لأنها لم يصبها ضرر معين ، والضرر الذى أصاب المصلحة العامة يكفى فيه العقاب الجنائى وقطع الزائد من القطن (استئناف أسبوط فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٨٢/٢ ص ٧٧٤) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضت المحكمة الجزئية عليه بالتعويض على أساس أنه طاله نفسه مقابل الضرر الذى لحقه من الجريمة ، فائته فإنه وإن كان قد ذكر أنه مستعد بعد الحكم للترفع بالمبلغ الذى يحكم له به لجهات الخير ، فإنها مع ذلك تقضى له به ، وهو شأنه فيه بعد الحكم . وهذا منها لا شائبة فيه (نقض جنائى فى ١٦ أبريل سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ٢١٦ ص ٥٢٠) . أنظر أيضاً فى هذا المعنى : استئناف مختلط فى ٢١ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٣٤ - وفى ٩ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٠٥ .

(٣) أنظر عكس ذلك ما زو ٢ فقرة ١٨٦٨ من ٦٩٦ .

ب - حق التعويض للمضرور :

٦١٥- **المضرور أو نائبه** : المضرور هو الشخص الذي يحق له أن يطالب

بالتعويض . ويقوم نائبه مقامه في ذلك .

ونائب المضرور : إذا كان هذا قاصراً ، هو وليه أو وصيه . وإذا كان محجوراً ، هو القيم . وإذا كان مفلساً ، هو السنديك . وإذا كان وقفاً ، هو ناظر الوقف . وإذا كان رشيداً ، فنائبه هو الوكيل .

٦١٦- **خلف المضرور** : بنى الخلف ، عاماً كان أو خاصاً . وهؤلاء

هم الوارث والدائن والمحال له . وهنا يجب التمييز بين التعويض عن الضرر المادى والتعويض عن الضرر الأدبى .

فإذا كان التعويض عن ضرر مادى - تلف مال أو إصابة في الجسم أعجزت عن العمل - فإن الحق في التعويض ، وقد ثبت للمضرور ، ينتقل منه إلى خلفه . فيستطيع وارث المضرور أن يطالب بالتعويض الذي كان مورثه يطالب به لو بنى حياً (١) . ويستطيع دائن المضرور أن يطالب بهذا التعويض باسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة (٢) . ويستطيع المضرور أن يحول حقه في التعويض إلى شخص آخر فينتقل هذا الحق إلى المحال له (٣) .

(١) وينتقل حق التعويض إلى الورثة ، كل بقدر نصيبه في الميراث (حكمة الاستئناف الوطنية في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٠٣ المحاكم ١٥ ص ٣١٩٢ - وفي ١٣ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٣٥ ص ٧٣ - وفي ١٩ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣٠ ص ٥١ - محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية في ١٦ سبتمبر سنة ١٨٩٨ القضاء ٦ ص ٧) .

وغنى عن البيان أن الوارث له دعويان : الدعوى التي يرثها عن المضرور فيرفعها بوصفه خلفاً ، ودعواه الشخصية عن الضرر الذي أصابه مباشرة ويرفعها بوصفه أصيلاً .

(٢) ودائن المضرور عندما يرفع الدعوى غير المباشرة إما يكون نائباً عن مدينه (م ٢٣٦ من القانون المدنى الجديد) . فالأولى أن يقال إن دائن المضرور نائب لا خلف . ولكن الدائن يوضع عادة مع الخلف .

(٣) وقبل أن تترك التعويض عن الضرر المادى تعرض لحالة خاصة : إذا كان الضرر المادى الذي أصاب المضرور هو الموت بأن اعتدى شخص على حياته فات في الحال ، فهل يجوز للوارث أن يطالب بالتعويض بوصفه خلفاً للمضرور ؟ وهل يجوز القول إن الموت ضرر مادى يصيب الميت ؟ لا شك في ذلك ، فقد فقد الميت آتئ شيء مادى يملكه وهو الحياة . ولا يقال إن كل نفس ذائقة الموت وإن انزلت ضرر لا لفر منه وهو قدر محتوم ، ذلك أن المضرور لا يشكو من الموت في ذاته ، بل يشكو من أنه مات موتاً غير طبعى ، وهذا =

أما إذا كان التعويض عن ضرر أدنى - فإنه لا ينتقل إلى خالف المضرور إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق ما بين المضرور والمنسول أو طالب به المضرور أمام القضاء (م ٢٢٢) . وقد تقدم بيان ذلك بالتفصيل عند الكلام في الضرر الأدنى. كيف ينتقل التعويض عنه إلى الغير . فإذا تحدد التعويض عن الضرر الأدنى على هذا النحو . بالتراضي أو بالتقاضي . أمكن أن ينتقل حق التعويض إلى الوارث . وجاز لدائن المضرور أن يطالب به عن طريق الدعوى غير المباشرة (١) . وصح للمضرور أن يحوله إلى الغير (٢) .

ضرر لا شك فيه . ولا يقال كيف يضار الميت بالموت ، أقبل الموت وهو لا يمت ، أم بعد الموت والميت لا يجوز عليه الضرر ! ذلك أن الميت قد أحاق به الضرر ، لا قبل الموت ، ولا بعد الموت ، ولكن عند الموت . ويتبين من ذلك أن هناك ضرراً مادياً أصاب الميت ، فللوارث أن يطالب مكانه بتعويض هذا الضرر ، وكذلك الدائن أن يطلب تعويضاً باسم مدينه الميت (أنظر في هذه المسألة ما زو ٢٠٠٢ فقرة ١٩١٢ - وانظر : نفس جرائد في ١٤ مارس سنة ١٩٥٤ - المحاماة ٢٦ رقم ٢١٢ ص ٦٥٥ وتعليق الدكتور سليمان مرقص في مجلة القانون والاقتصاد ١٨ العدد الأول) . (١) ولا يقال إن حق التعويض عن الضرر الأدنى حتى متصل بشخص المدين ، فلا يجوز للدائن أن يطالب به باسم مدينه . فإن هذا يصح قبل أن تظهر إرادة المدين قاضية في المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدنى . أما وقد ظهرت في صورة اتفاق مع المشول أو بالمطالبة القضائية ، فقد أصبح حق التعويض حقاً مادياً كسائر الحقوق المالية ، ينتقل إلى الوارث ، ويخضع للدائن استماله . (٢) ولكن لا يجوز للمضرور ، قبل الاتفاق أو المطالبة القضائية ، أن يحول حقه إلى الغير ، لأن الحق لا يكون عندئذ قابلاً للانتقال . على أنه إذا فعل المضرور ذلك بعد أن قدر مبلغ التعويض ، وقبل المشول هذه الحوالة ، فإن هذا القول يعتبر اتفاقاً بين المشول والمضرور على مبدأ المسؤولية ومبلغ التعويض ، فيصح الحق في التعويض قابلاً للتحويل ، وتصح الحوالة في هذه الحالة .

أما التعويض عن الضرر الأدنى الناشئ عن موت المورث فوراً عند الاعتداء على حياته ، فلا يتصور انتقاله إلى الورثة ، لأن المورث مات في الحال ، فلم تتح له فرصة الاتفاق مع المشول ، ولم يتسع الوقت للمطالبة القضائية . وقد يصيب الضرر الأدنى الميت بعد موته في ذكره ، فيعبد شخص إلى النبل من سمعته ، فلا يمكن أن يقال في هذه الحالة إن الميت قد أصابه ضرر من جراء ذلك ، لأن الأموات لا يتضررون . ويترتب على ذلك أنه لا يتصور في هذه الحالة انتقال حق في التعويض من الميت إلى ورثته ، لا لأن التعويض عن الضرر الأدنى لا ينتقل إلى الوارث لحجب بل أيضاً لأن الضرر متف عن الميت بعد موته . ولكن قد يتأذى الوارث شخصياً من جراء النبل من سمعة مورثه ، فيجوز له عندئذ أن يطالب بوصفه أصيلاً بتعويض عن الضرر الأدنى الذي أصابه . ويجب في اعتبار هذا الضرر الأدنى التوفيق بين واجب يلزمان من نال من سمعة الميت : واجبه كؤرخ يسرد الحقائق على وجهها الصحيح خدمة للعلم والتاريخ ، وواجبه في ألا يتألم من سمعة الأحياء من جراء قدحه في سيرة الأموات دون مبرر (أنظر في هذه المسألة ما زو ٢٠٠٢ فقرة ١٩٢٢ - فقرة ١٩٢٩) .

ح - حق التعويض لكل مضرور :

٦١٧ - تعدد المضرورين : قد يتعدد المضرورون من الخطأ الواحد .

ويكون كل مضرور قد أصابه ضرر مستقل عن الضرر الذي أصاب الآخر .
مثل ذلك حريق تئشب بخطأ شخص فتحرق منازل عدة ، فصاحب كل منزل قد أصابه بسبب هذه الحريق ضرر مستقل عن الأضرار التي أصابت أصحاب المنازل الأخرى .

وقد يصيب الخطأ الواحد بالضرر شخصين أو أكثر . ولكن الضرر الذي أصاب أحدهم يكون نتيجة للضرر الذي أصاب الآخرين . مثل ذلك أن يقتل شخص آخر خطأ . ويكون للمقتول قريب يعوله . فخطأ القاتل أصاب المقتول بالضرر ، وأصاب بالضرر أيضاً من كان المقتول يعوله . والضرر الثاني ليس إلا انعكاساً للضرر الأول . فهو نتيجة له (١) . والفرق بين هذه الحالة والحالة السابقة أن الأضرار في الحالة السابقة كان لكل ضرر منها مستقلاً عن الأضرار الأخرى . أما في الحالة التي نحن بصدددها فالأضرار تتصل فيما بينها اتصال السبب بالسبب .

وفي الحالتين - سواء كانت الأضرار مستقلة بعضها عن بعض أو كانت بعضها لبعض سبباً - يكون لكل مضرور دعوى شخصية مستقلة يرفعها باسمه خاصة دون أن يتأثر بدعوى الآخرين . ولا تضامن ما بين المضرورين ، بل يقدر القاضي تعويض كل منهم على حدة .

٦١٨ - الضرر الذي يصيب الجماعة : وقد يقع الضرر على جماعة ، لاعلى

فرد أو على أفراد متعددين ، فمن عسى أن يكون المضرور في هذه الحالة ، هل هم الأفراد الذين تتكون منهم الجماعة ، أو هي الجماعة ذاتها ؟ يجب التمييز هنا بين ما إذا كانت الجماعة ذات شخصية معنوية ، أو كانت لا تتمتع بهذه الشخصية .

فإذا كانت الجماعة ذات شخصية معنوية ، كشركة أو جمعية أو نقابة

(١) ويقول الفرنسيون إن الضرر الثاني هو ارتداد الضرر الأول ، فهو ضرر مرتد (par ricochet) . أنظر في التعويض عن الضرر المرتد تعليق الدكتور سليمان مرقس المشار إليه في مجلة القانون والاقتصاد ١٨ العدد الأول .

أو شخص معنوى عام . وجب التمييز بين المصلحة الفردية (intérêt individuel) لأى فرد من الأفراد التى تتكون منها هذه الجماعة ، والمصلحة الجماعية الشخصية (intérêt social personnel) للشخص المعنوى ذاته ، والمصلحة الجماعية العامة (intérêt collectif) التى يقوم عليها هذا الشخص المعنوى باعتباره منتسباً إلى حرفة معينة . ولنضرب لذلك مثلاً النقابة - نقابة المحامين أو نقابة الأطباء أو نقابة المهندسين أو نقابة من نقابات العمال أو أصحاب العمل أو أية نقابة أخرى - فكل عضو فى هذه النقابة له مصلحة فردية يحميها القانون ، فإذا وقع اعتداء على هذه المصلحة كان لهذا الفرد المضرور دعوى شخصية قبل المسئول . كما إذا منعت نقابة أحد أعضائها من ممارسة مهنته دون حق فيجوز لهذا العضو أن يرجع على النقابة لحماية مصلحته الفردية . والنقابة كشخص معنوى مصالح جماعية شخصية ، فهى تملك مالا ولها نشاط مهني وتتعاقد وتمارس اختصاصاتها المختلفة . فإذا وقع اعتداء على مصلحة شخصية لها من هذا القبيل ، كانت النقابة كشخص معنوى هى المضرور . كما إذا ارتكب أحد مديري النقابة خطأ فى إدارته سبب خسارة للنقابة ، وفى هذه الحالة ترجع النقابة بالتعويض على المسئول . ولا يجوز لأى عضو من أعضاء النقابة أن يعتبر نفسه هو المضرور فيرجع بصفته الشخصية على المسئول (١) . والنقابة كشخص معنوى يعهد إليه القانون بالدفاع عن المصالح العامة لمهنة معينة لها أن ترجع على أى شخص اعتدى على هذه المصالح العامة ، ولو لم تكن لها فى ذلك مصلحة شخصية . فنقابة للعمال لها أن ترجع على صاحب عمل لم يراع قوانين العمل فى مصنعه ، بأن جعل العمال يعملون أكثر من الساعات المقررة للعمل ، أو استخدم الصبية أو النساء دون أن يراعى القيود التى قررها القانون ، حتى لو لم يكن العمال أو الصبية أو النساء الذين استخدمهم صاحب العمل أعضاء فى النقابة ، إذ النقابة هنا تمثل الصالح العام لجميع العمال سواء كانوا داخلين فى عضويتها أو غير داخلين . أما إذا كان العمال داخلين فى عضويتها ،

(١) أنظر فى القضاء الفرنسى ونضارب أحكامه ما زو ٢ فترة ١٨٧٨ - ٧ إلى فترة ١٨٧٨ - ١٤ - وانظر فى تدخل النقابات أمام القضاء الإدارى ذلين فى الرقابة القضائية على الإدارة - القاهرة سنة ١٩٤٩ - ص ١١٤ - ص ١١٥ .

فإنها تكون بذلك قد توفرت لا على مصلحة عامة للمهنة فحسب . بل أيضاً على مصلحة جماعية شخصية . وكلتا المصالحين تبرر رجوعها على صاحب العمل . وقيام المصلحة الجماعية العامة يتحقق بالنسبة إلى النقابات دون الشركات والجمعيات ، فإن هذه لا تمثل المصالح العامة للمهنة أو للطائفة التي تنسب إليها . أما الأشخاص المعنوية العامة ، كالدولة والمديريات والبلديات والقرى ، فتختلط بالنسبة إليها المصالح الشخصية بالمصالح العامة . إذ الدولة تمثل مجموع السكان فمصالح هذا المجموع وهي المصالح العامة هي أيضاً المصالح الشخصية للدولة ، والمديرية تمثل مجموع سكان المديرية فمصالح هذا المجموع هي المصالح العامة والمصالح الشخصية للمديرية في وقت واحد . وهكذا قل عن سائر الأشخاص المعنوية العامة (١) .

وإذا كانت الجماعة لا تتمتع بشخصية معنوية ولكنها تنتمي إلى مهنة أو طائفة معينة . كرجال الجيش ورجال القضاء ورجال الإدارة والمعلمين والخبراء والمحضرين والجامعيين والأزهريين واليهود ومهاجري فلسطين . وجب أن نلاحظ أن هذه الجماعة مصالح عامة . فهل الاعتداء على هذه المصالح يجيز للجماعة ، وهي لا تتمتع بشخصية معنوية ، أن ترجع بالتعويض على المعتدى ؟ تقضى القواعد العامة بعدم جواز ذلك ، فالجماعة ما دامت لا تتمتع بالشخصية المعنوية ليست شخصاً له ذمة مالية ، ولا تستطيع أن تقاضى ولا أن تقاضى ، ولا يمكن أن تترتب مسئولية في ذمتها ولا أن يكون لها حق في الرجوع على المسئول . وأكثر ما يكون الاعتداء على المصالح العامة لهذه الجماعات أن يكون اعتداء على مصالحها الأدبية ، كالقذف في حقها أو الخط من كرامتها أو تلوين سمعتها . ففي مثل هذه الأحوال لا يجوز لأحد أن يتقدم باعتباره ممثلاً للجماعة يطالب المسئول بالتعويض . وإنما يجوز لأي فرد من أفراد الجماعة — أو أي شخص معنوي داخل هذه الجمعية كجمعية المعلمين أو نادى الجامعيين أو جمعية إسرائيلية ، أن يطالب المسئول بالتعويض . وبشرط في ذلك أن يثبت ليس فحسب أن المسئول قد اعتدى على المصلحة العامة للجماعة ، بل

(١) وكذلك الحال في النقابات الإجبارية ، ك نقابة المحامين ونقابة الأطباء ونقابة المهندسين ، ففي هذه النقابات التي تجس إجبارياً جميع رجال المهنة تختلط المصالح الشخصية للنقابة بمصالح العامة للمهنة .

أيضاً أن هذا الاعتداء على المصلحة العامة قد لحقه منه ضرر شخصي (١).

٢٨- المدعى عليه

٦١٩- المدعى عليه هو المسئول أو نائبه أو خلفه : المسئول هو الذى

يكون مدعى عليه فى دعوى المسئولية ، سواء كان مسئولاً عن فعله الشخصى أو مسئولاً عن غيره أو مسئولاً عن الشيء الذى فى حراسته . ويجوز رفع دعوى المسئولية على المسئول عن الغير وحده دون إدخال المسئول الأصيل . وما على المسئول الذى رفعت عليه الدعوى إلا أن يدخل المسئول الأصيل ضامناً .

ويقوم مقام المسئول نائبه . فإذا كان المسئول قاصراً ، كان نائبه هو وليه أو وصيه . وإذا كان محجوراً ، كان النائب هو القيم . وإذا كان مفلساً ، فالسنديك . وإذا كان وقفاً ، فالناظر . وإذا كان رشيداً بالغاً ، فالوكيل . ويحل محل المسئول خلفه . والخلف هنا هو أولاً الوارث . ولما كان الوارث فى الشريعة الإسلامية لا يرث التركة إلا بعد سداد الديون ، فالتركة تكون هى المسئولة بعد موت المسئول . وأى وارث يمثل التركة فى دعوى المسئولية . وما على المضرور إلا أن يرفع الدعوى على كل الورثة أو على أحدهم ، فيحكم له بالتعويض قبل من رفع عليه الدعوى ، ويتقاضى حقه كاملاً من التركة . ويجوز أيضاً أن يكون الخلف هو شخص محال عليه بالدين ، كما إذا باع صاحب المتجر متجره واشترط على المشتري أن ينى بجميع الديون التى تثبت فى ذمة المتجر ويكون من هذه الديون تعويض للمتجر آخر بسبب منافسة غير مشروعة . فيكون المدعى عليه فى هذه الحالة هو المشتري للمتجر باعتباره خلفاً خاصاً للمسئول ، وقد انتقل إليه دين التعويض عن طريق الحوالة ، وحوالة الدين جائزة فى القانون المدنى الجديد (٢) . ولا يتصور هنا

(١) أنظر فى موضوع الضرر الذى يصيب الجماعة ما زو ٢ فقرة ١٨٧٨ - فقرة ١٨٩٩ .
(٢) ويلاحظ أن المشتري فى هذا المثل هو خلف خاص للبائع بالنسبة إلى المتجر ، وخلف خاص للمدين (وهو البائع) بالنسبة إلى الدين المحال به . وترفع عليه دعوى المسئولية باعتباره خلفاً خاصاً للمدين . أما إذا لم تكن هناك حوالة للدين ، فلا يكون مشتري المتجر ملزماً به ولو أنه خلف خاص بالنسبة إلى المتجر (أنظر فى هذا المعنى : استثنائات مختلطة فى ١٠ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ - ٢٢٣ - وفى ١٠ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ - ٣٥٠ - بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٦٦٠) .

أن يكون المدعى عليه هو دائن المسئول كما تصورنا ذلك في المدعى . فإنه إذا كان للدائن أن يستعمل حقوق مدينه فليس عليه الوفاء بالتزامات المدين (١) . وإذا كان المسئول شخصاً معنوياً وانحل . فجميع ما له بعد التصفية يكون مسئولاً عن التعويض (٢) .

٦٢٠ - تعدد المسئولين : سبق أن ذكرنا أن المادة ١٦٩ من القانون المدني الحديدي قضت بأنه إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار . كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر . وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم من التعويض . فتعدد المسئولين يجعل كل مسئول مدعى عليه ، ويجعلهم جميعاً متضامنين في المسئولية (٣) . وما داموا متضامنين فإن المدعى يستطيع أن يقيم الدعوى عليهم جميعاً ، كما يستطيع أن يختار منهم من يشاء فيقتص الدعوى عليه دون غيره ، وبطالبه بالتعويض كاملاً (٤) . ذلك أن

(١) ويجوز للدائن في دعوى المسئولية أن يرجع على مدين المسئول بدعوى غير المباشرة ، ولكن الرجوع في هذه الحالة لا يكون بدعوى المسئولية ذاتها . كما يجوز للدائن أن يحجر تحت يد مدين المسئول حيز ما للمدين لدى الغير .
(٢) مازو ٢ فقرة ١٩٩٩ .

(٣) ومبدأ المسئولية بالتضامن إذا تعدد المسئولون عن عمل غير مشروع قرره القانون القديم في المادتين ٢١١/١٥٠ كما قدمنا : نقض جنائي في ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٢٧ ص ٦٥ - وفي ١٧ فبراير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٥٥ ص ١١١ - وفي ١٦ فبراير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٥٩ ص ٧٠ - استئناف وخطى في ٨ يونيو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٦٦ (يصح عدم إدخال التابع في الدعوى مع التبوع إذا هما مسئولان بالتضامن) - استئناف مختلط في ١٤ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٩٦ - وفي ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٤١ - وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٤ ص ١١١ - وفي ٣ فبراير ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٢٧ - وفي ١٣ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٩ - وفي ١٠ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٢٨ .

ويقول دي هلنس (Respons. No. 55) إن التضامن قائم حتى لو لم يذكر في الحكم لأن مصدره القانون . ولكن محكمة مصر الكلية الوطنية قضت بأنه إذا حكم بالتعويض وأغلقت المحكمة ذكر التضامن ، فلطالب التعويض أن يطلب منها تفسير الحكم والرجوع على التضامن لتعويض الإشكال في التنفيذ (٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٥١ ص ٣٤٤) .

(٤) وقد قضت محكمة النفس بأنه إذا كان المدعى المدني رفع دعواه المدنية أمام محكمة أول درجة على التهم هو وآخر ، فقضت المحكمة بالحكم على الطاعن بالعقوبة وبالتعويض المدني ، وبرأت التهم الآخر ورفضت الدعوى المدنية قبله ، فلم يستأنف المدعى المدني واستأنفت النيابة ، فنقضت المحكمة الاستئنافية بإدانة التهم الآخر المحكوم ببراءته ابتدائياً وأيدت الحكم الابتدائي =

التضامن يقضى بأن كلا منهم يكون مسئولاً قبل المنع والضرورة عن التعويض كله ، ثم يرجع من دفع التعويض على الذي كان يتحمل الضرر بحسب حكمة الخطأ أو بالتساوى على النحو الذى قدمناه .

ويجب حتى يقوم التضامن بين المسئولين المتعددين أن تتوافر شروط ثلاثة :

١ - أن يكون كل واحد منهم قد ارتكب خطأ . فلا تكون وريثة المسئول متضامنين إلا باعتبار أن التركة هى المسئولة . أما هم فلا تضامن بينهم لأن أحداً منهم لم يرتكب خطأ ، بل المورث هو الذى صدر منه الخطأ .

٢ - أن يكون الخطأ الذى ارتكبه كل منهم سبباً فى إحداث الضرر . فإذا أطلق جماعة من الصيادين خطأ بنادقهم فى وقت واحد . فأصيب أحد العابرة برصاصة من أحدهم . فإن الباقى لا يكونون مسئولين معه بالتضامن لأن الأخطاء التى وقعت منهم لم تكن سبباً فى إحداث الضرر . بل لا يكونون مسئولين أصلاً لأنهم لم يحددوا ضرراً ما .

٣ - أن يكون الضرر الذى أحدثه كل منهم بخطئه هو ذات الضرر الذى أحدثه الآخرون . أى أن يكون الضرر الذى وقع منهم هو ضرر واحد (١) .

== على الطاعن ، ولما لم تكن الدعوى المدنية قد استوفيت أمامها بالنسبة إلى هذا الآخر فلم يكن هناك سبيل للحكم عليه بشئ من هذا التعويض ، وليس هناك ما يمنع قانوناً من إلزام الطاعن وحده بتعويض كل الضرر الناشئ عن ارتكابه الجريمة ولو ارتكبها مع غيره (نقض جئافى ١٦ فبراير سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٩ رقم ٧٠ من ٨٤) .

(١) وقد يكون أحد المسئولين أحدث الضرر كله والآخر لم يحدث إلا بعضه ، فيكونان مسئولين بالتضامن فى البعض الذى اشتركا فيه ، ويفرد الأول بالمسئولية عما استقل بإحداثه . مثل ذلك محقق فى بعض الأشياء المسروقة ، تقتصر مسئولية التضامن مع السارق على مقدار ما أخفى (نقض جئافى ١٦ فبراير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٤٩ من ٧٠ - وانظر أيضاً محكمة مصر الابتدائية المختلطة فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ جازيت ٢٠ رقم ١٨٨ من ١٧٤) .

أما إذا لم يثبت أن الضرر واحد ، كله أو بعضه ، فلا تضامن . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الواقعة الثانية هى أن أحد المتهمين ضرب المحمي عليه فأصاب موضعاً من جسمه ، والآخر ضربه فأصاب موضعاً آخر منه ، وكانت الدعوى لم ترفع على أساس اتفاق أو إصرار سابق من المتهمين على الاعتداء ، فإنه يجب إذا كانت المحكمة ترى الحكم عليهما بالتضامن فى التعويض أن تبين فى حكمها الأساس الذى تقيمه عليه بما يتفق والأصول المرسومة له فى القانون ، فتذكر وجه مساءلة كل من المحكوم عليهما عن الضرر الناشئ من الضربين مجتمعين لا عن الضربة الواحدة التى أحدثها هو . فإذا لم تفعل ولم تتعرض للتضامن ، فإن ==

فإذا سرق أحد اللصوص عجلة السيارة . وجاء لص آخر فسرقة من السيارة بعض الآلات . لم يكن اللصان متضامنين لأن كلا منهما أحدث بخطئه ضرراً غير الضرر الذي أحدثه الآخر (١).

هذه هي الشروط الثلاثة التي يجب توافرها ليكون المسئولون المتعددون متضامنين في المسئولية . ومتى توافرت تحقق التضامن . دون حاجة لأي أمر آخر . فلا ضرورة لأن يكون هناك تواطؤ ما بين المسئولين أو أن ترتكب الأخطاء في وقت واحد ، فإذا حاول لص سرقة منزل فنقب فيه نقباً ثم ذهب يستحضر ما يستعين به على السرقة . فأثر لص آخر على غير اتفاق مع اللص الأول ودخل من النقب وسرق المنزل . فإن اللصين يكونان مسئولين بالتضامن (٢) . ولا ضرورة لأن تكون الأخطاء عملاً واحداً أو جريمة واحدة (٣) . فقد يكون أحدها عمداً والآخر غير عمد ، وقد تختلف جسامته

= المسئولية لا تكون تضامنية ولا تصح مطالبة كل منهم إلا بنصف المبلغ المحكوم به عليهما فقط (قضى جنائي في ١٥ يناير سنة ١٩٤٥ المحاماة ١٧ رقم ١٠٣ ص ٢٥٤) .

(١) فوجب إذن وحدة الضرر واشتراك كل المسئولين في إحداثه : استئناف مختلط في ٩ مايو سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٣٢٤ - وفي ١٠ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٥٥ - وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٣٥ - محكمة الإسكندرية السككية المختلطة في : فبراير سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ٢١٠ ص ٢٠٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفي لترتب التضامن أن تتجدد إرادة الفاعلين مجرد اتحاد وقتي غير مسبوق باتفاق على الاعتداء على المحمي عليه ، وأن يقترب كل منهم هذا الاعتداء أو يشترك فيه (نقض جنائي في ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٢٢ ص ٨١٩ - وفي ٢٩ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٦٣ ص ١٠٩ - وفي ١١ يونيو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤/٢٠٤ ص ٤٠٠) .

(٣) فقد يكون أحد المخطئين سرقة والمخطأ الآخر إخفاء لأشياء مسروقة ، وقد قضت محكمة النقض بأن من يشترى المسروق مع علمه بمحقيقة الأمر فيه يكون مسؤولاً مع السارق بطريق التضامن عن تعويض الضرر الذي أصاب المحمي عليه ، ولو أنه يعد في القانون مخفياً سارقاً ، وذلك على أساس أن كلا منهما قد عمل على احتجاز المال المسروق عن صاحبه (قضى جنائي في ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٢٢٤ ص ٥٤٣ . وانظر أيضاً نقض جنائي في ٢٤ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٢٢ ص ٤٩) . وقد يكون أحد المخطئين جنابة قتلى والمخطأ

الآخر جنحة ضرب ، وقد قضت محكمة النقض بأن المسئولين متضامنون سواء فهم من حكم عليه بجناية القتل أو من حكم عليه بجنحة الضرب (نقض جنائي في ١٥ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٧ ص ٩ - استئناف مصر الوصية في ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ =

الأخطاء فيقترون خطأ جسيم خطأ يسير ومع ذلك يكون صاحب الخطأ اليسير متضامناً مع صاحب الخطأ الجسيم . وقد تختلف طبيعة الأخطاء فيكون أحد الخطأين جنائياً ويكون الثاني مدنياً . أو يكون أحدهما عملاً ويكون الآخر امتناعاً عن عمل . مثل ذلك أن يهمل الخادم فيترك باب المنزل مفتوحاً فيدخل لص ويسرق المنزل . ففي هذه الحالة يكون الخسادم واللص متضامنين على اختلاف ما بين الخطأين . فأحدهما عمد والآخر غير عمد . وأحدهما جنائي والآخر مدني . وأحدهما عمل والآخر امتناع عن عمل . وقد تكون الأخطاء

= رقم ٣١٩/٢ ص ٤٩٠). وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا تطابقت إرادتان في أكثر على إيذاء إنسان والتعدي عليه ، فضربه بعض وقتله بعض ، كانوا مسئولين بالتضامن لورثته عن التعويض ، ومتساوين في المسؤولية المدنية ولو لم يتعادلا في المسؤولية الجنائية ، وكان فعل أحدهما جنابة وفعل الباقي جناحة (١٥ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٦٠ ص ١١٤٦). وقد لا يعرف من من المسئولين هو الذي قتل ومن منهما اقتصر على الضرب ، فيكونان بالأولى متضامنين ، وقد قضت محكمة النفس بأنه إذا كان الثابت بالحكم أن التهمين وفريقهما حضروا معاً لحل الحادثة ، وكان كل منهما عاقداً للنية على الاعتداء على فريق المحي عليه بسبب مضاربة سابقة وقعت بين بعض أفراد الفريقين ، وتنفيذاً لهذا الغرض ضرب كل من التهمين بحضور الآخر وعلى مرأى منه المحي عليه المذكور فأحدثا به الإصابات التي أدى بعضها إلى وفاته ، فالقضاء عليهما متضامنين بالتعويض للدعي بالمحق المدني عن وفاة المحي عليه لا عاقفة فيه للقانون ، لأن كلا منهما يعتبر مسئولاً من الوجهة المدنية عن الوفاة ، ولو أن المحكمة لم تستطع تعيين من منهما أحدثت الإصابة التي نشأ الموت عنها (قضى جنائي في ٢ مارس سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٢٠ ص ٣٣ — أنظر أيضاً قضاى جنائي في ١٧ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ١٨ ص ٤١). وقد يبرأ أحد التهمين من التهمة الجنائية ومع ذلك يبقى متضامناً مدنياً مع المتهم الذي أدان جنائياً ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة برأت المتهم من تهمة الشروع في القتل إلا أنها أقرت قضاءها بإلزامه بالتعويض مع التهم الآخر الذي أدان بهذه الجريمة على ما قالته من أنه كان معه وقد سلمه السلاح الذي استعمل في الجريمة ، ثم اتحد الاثنان في فكرة الاستيلاء على السيارة من طريق التعرش بالدعي المدني ومعاكته ، وتطور الموقف إلى صدور أفعال منهما استفزت الدعي وكان لها بعض الأثر في وقوع الجريمة التي ارتكبها زميل الطاعن ، وأن كل هذه الأفعال وإن كانت لا ترق بالنسبة إليه إلى مرتبة الاتفاق الذي وقعت جريمة الشروع في القتل بناء عليه ، إلا أن توافق الإثنين على التعرض رغبة في الحصول على السيارة لتنفيذ حلقة من حلقات الاتفاق الجنائي العام القائم بينهما وآخرين ، والأفعال التي صدرت عنهما وكان من نتائجها استفزاز الدعي كان لها أثرها بالنسبة إلى الطاعن وبالتالي في الضرر الذي حاق بالدعي — وهذه الظروف مجتمعة تجعل الاثنين مسئولين مدنياً بالتضامن عن تعويض ذلك الضرر (قضى جنائي في ٢٤ مايو سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ١٢٧ — ص ١٣٠).

كلها ثابتة أو مفترضة ، أو يكون بعضها ثابتاً وبعض مفترضاً . فسائق السيارة ومالكها مسئولان بالتضامن عن خطأ السائق وخطأ الأول ثابت وخطأ الآخر مفترض .

وقد يكون أحد الخطأين عقدياً ما دام الآخر خطأ تقصيرياً . فإذا تعاقد عامل في مع صاحب مصنع أن يعمل في مصنعه مدة معينة ، وأخل بتمهده فخرج قبل انقضاء المدة ليعمل في مصنع آخر منافس بتحريض من صاحبه ، كان العامل الفنى وصاحب المصنع المنافس مسئولين معاً نحو صاحب المصنع الأول كل منهما عن تعويض كامل . وتفسير ذلك لا يرجع إلى تعدد المسئولين عن أخطاء تقصيرية ، بل يرجع إلى أن العامل الفنى مسئول عن تعويض كامل لأنه أخل بالتزامه العقدي . وصاحب المصنع المنافس مسئول أيضاً عن تعويض كامل لأنه ارتكب خطأ جعله مسئولاً . فيكون كل منهما مسئولاً عن تعويض ضرر واحد تعويضاً كاملاً . وهذه ليست مسئولية بالتضامن (solidarité) بل هي مسئولية مجتمعة (in solidum) . وكذلك يكون الحكم إذا كان كل من الخطأ العقدي والخطأ التقصيرى غير عمد . كما إذا ارتكب أمين النقل وهو ينقل بضاعة خطأ بأن سار بسرعة كبيرة ، فاصطدم بسيارة أخرى ارتكب سائقها هو أيضاً خطأ بأن كان يسير من جهة الشمال ، فخطأ أمين النقل هنا خطأ عقدي غير عمد وخطأ الغير (سائق السيارة الأخرى) خطأ تقصيرى غير عمد ، ومع ذلك يكون أمين النقل والغير مسئولين معاً مسئولية مجتمعة (in solidum) (١) . ويلاحظ في المثلين المتقدمين أن مرتكب الخطأ العقدي لا يكون مسئولاً إلا عن الضرر المتوقع ، أما مرتكب الخطأ التقصيرى فيكون مسئولاً أيضاً عن الضرر غير المتوقع ما دام ضرراً مباشراً ، فالمسئولية المجتمعة إنما تقوم بينهما فيما يشتركان في التعويض عنه وهو الضرر المتوقع ،

(١) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا تسبب الوكيل في عقد بخطئه في إخلال الموكل بتمهده كان مسئولاً معه بالتضامن (استئناف مختلط في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٢٤ ص ٨٢) . والصحيح أن المسئولية هنا مسئولية مجتمعة لا مسئولية بالتضامن . لاجتماع خطأ عقدي مع خطأ تقصيرى . وسنرى أن محكمة الاستئناف المختلطة قد فسرت من جهة أخرى في بعض أحكامها بأن المسئولية عند تعدد المسئولين عن أخطاء تقصيرية تكون مسئولية عمدة لا مسئولية بالتضامن ، وهذا أيضاً غير صحيح .

وينفرد مرتكب الخطأ التقصيرى بالمسئولية عن الغرر غير المتوقع . والفرق بين المسئولية بالتضامن (solidarité) والمسئولية المجتمعة (in solidum) أن التضامن يختص بأحكام لا تشاركه فيها المسئولية المجتمعة . فالمسؤولون بالتضامن يمثل بعضهم بعضاً فيما ينفع لا فيما يضر . فإذا تصالح الدائن مع أحد المسئولين بالتضامن وتضمن النصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى . استفاد منه الباقون . أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب في ذمتهم التزاماً أو يزيد فيما هم ملتزمون به فإنه لا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه (م ٢٩٤) . وإذا أقر أحد المسئولين المتضامين بالدين فلا يسرى هذا الإقرار في حق الباقين . وإذا نكل أحد المسئولين المتضامين عن الدين أو وجه إلى الدائن يميناً حلفها فلا يضار بذلك باقى المسئولين . وإذا اقتصر الدائن على توجيه الدين إلى أحد المدينين المتضامين فحلف فإن المسئولين الآخرين يستفيدون من ذلك (م ٢٩٥) . وإذا صدر حكم على أحد المسئولين المتضامين فلا يحتاج بهذا الحكم على الباقين . أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيستفيد منه الباقون إلا إذا كان الحكم مبنياً على سبب خاص بالمسئول الذى صدر الحكم لصالحه (م ٢٩٦) . وإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المسئولين المتضامين ، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المسئولين (م ٢٩٢ فقرة ٢) . وإذا أعذر الدائن أحد المسئولين المتضامين أو قاضاه فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقى المسئولين ، أما إذا أعذر أحد المسئولين المتضامين الدائن فإن باقى المسئولين يستفيدون من هذا الإعذار (م ٢٩٣ فقرة ٢) . وسنعرض لهذه الأحكام تفصيلاً عند الكلام في التضامن . ونجتزئ هنا بالإشارة إلى أن هذه الأحكام هى خاصة بالمسئولية التضامنية دون المسئولية المجتمعة ، ومن ثم تقوم هذه الفروق بين المسئوليتين (١) .

(١) وفي القانون المدنى الفرنسى لا يوجد نص على التضامن عند تعدد المسئولين ، ومن ثم لجأ الفقهاء والقضاء فى فرنسا إلى فكرة المسئولية المجتمعة (in solidum) فأقاموها بين المسئولين المتعددين (أنظر مازو فقرة ١٩٦١ - ١٩٦٩) . أما فى القانون المدنى المصرى ، القديم والجديد ، فإن النص على التضامن موجود كما قدمنا . لذلك تكون المسئولية بين المسئولين المتعددين فى مصر مسئولية بالتضامن لا مسئولية مجتمعة . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى بعض أحكامها بأنه إذا تعدد المسئولون بالمسئولية بينهم لا تكون مسئولية تضامنية (solidarité) =

والمسئولية بالتضامن إنما تكون في علاقة الضرور بالمسؤولين المتعددين (١).
أما فيما بين المسؤولين المتعددين أنفسهم فيقسم التعويض بينهم بحسب جسامته
الخطأ على الرأي السائد في القضاء كما أسما الذكر (٢).

مسئولية مجتمعة (in solidum): استئناف مختلط في ٥ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ م ٢١٣
— وفي ٢٣ يولية سنة ١٩٣٧ م ٤٩ م ٢٧٦ (وجعلت المحكمة مناسفة القسمة فيما بين
المسؤولين بالتساوي لا بحسب جسامته الخطأ) — وفي ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ م ١٤٣
وقد أغفلت هذه الأحكام النص الصريح على التضامن الذي ورد في القانون المدني المصري .
ومهما يكن من أمر ، فإنه إذا رفع الضرور الدعوى على أحد من المسؤولين ، حازله أن يطالبه
بالتعويض كاملاً ، ولهذا أن يرجع على سائر المسؤولين كل بقدر نصيبه : استئناف مختلط في
١٠ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ م ٣٥٣ — وفي ٣ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٢٠ م ٢١٠
٢١٠ م ٢٠٢ — وفي ٣١ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ م ١٧٤ — وفي ٨ يولية سنة
١٩٣٨ م ٥٠ م ٣٥٦ .

والصحيح أن المسئولية في مصر ، في حالة تعدد المسؤولين ، تكون مسئولية نظامية بعميم
خصائصها المقدمة الذكر ، لا مجرد مسئولية مجتمعة . وهذا ما ذهب إليه الفقه والكثرة الغالبة
من أحكام القضاء . ومن الأمثلة على تضامن المسؤولين عند تعدد منهم انهار بناء مملوك في الشيوخ ،
فيكون الملاك في الشيوخ مسؤولين بالتضامن عن الضرر الذي أحدثته انهار البناء (استئناف
مختلط في ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ م ١١١ — وفي ٨ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥
م ١١٤ — وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ٢٠٨) ، وباتمو القمار يملنون غشاً أن
القمار خال من الرهون ، فيكونون مسؤولين بالتضامن (استئناف مختلط في ١٧ مايو سنة
١٩٠٥ م ١٧ م ٢٧٧) ، والمشركون في اغتصاب شيء واحد يكونون مسؤولين بالتضامن
(استئناف مختلط في ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ م ٢٠٧) . وكذلك المتواطئون على
القتل (استئناف مختلط في ١١ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ م ١٨٩ — وفي ٤ فبراير سنة
١٩٣٠ م ٤٢ م ٢٤٩) ، وكذلك المشتركون في مناسفة غير مشروعة (استئناف مختلط
في ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ م ٣٥) .

(١) فإذا كان الخطأ مشتركاً ، بأن كان الضرور قد ارتكب خطأ ساعد على إحداث
الضرر ، وكان المشول شخصين متضامنين ، فقد قدمنا أن الضرور يرجع بثقل التعويض على
المسؤولين بالتضامن ، ولا يجوز لذين أن يدفعا هذا التضامن بأن الضرور مشول هو أيضاً
عن الضرر ، فيكون متضامناً معها ، ويكون رجوعه عليهما هو رجوع المشول المتضامن على
سائر المسؤولين المتضامنين ، فلا يرجع على كل مشول إلا بقدر نصيبه . ذلك أنه يرجع عليهما
كضرور لا كشول متضامن .

(٢) استئناف مختلط في ١٣ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ م ١٨٩ — وفي ٢٨ يناير
سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ٢٠٨ (شريكان في مبنى على الشيوخ ، فانهار المبنى وأصاب المبنى
بالضرر ، واعتبر الشريكان مشولين بالتضامن قبل الضرور ، أما فيما بينهما فقد قسم التعويض
بنسبة نصيب كل منهما في المبنى) . وتقضى بعض الأحكام ، دون مير ، بعدم رجوع المشول

٦٢١- المسئول إذا ارتكب الخطأ جماعاً : إذا لم تكن الجماعة متمتعة

بشخصية معنوية . فلا يمكن بوصفها جماعة أن ترتكب خطأ . وإنما يرتكب الخطأ في هذه الحالة عضو أو أكثر من أعضاء هذه الجماعة أو جميع الأعضاء . ولكن باعتبارهم أفراداً لا جماعة .

وإذا كانت الجماعة متمتعة بالشخصية المعنوية فالأمر يختلف ، إذ يجوز كما قدمنا أن يرتكب الشخص المعنوي خطأ تترتب عليه المسؤولية المدنية (١) . والمسئول الذي تقام عليه الدعوى هو الشخص المعنوي ذاته لا مثلوله . فهؤلاء إنما هم أعضاؤه (organes) التي يعمل بواسطتها ويريد عن طريقها (٢) . ولكن هذا لا يمنع من أن الخطأ الذي يرتكبه الشخص المعنوي يرتكبه في الوقت ذاته مثلوله بوصفهم أفراداً ، فيكون المسئول هو الشخص المعنوي والممثلون متضامنين جميعاً في المسؤولية . فإذا دفع الشخص المعنوي التعويض رجع على مثليه بكل ما دفع دون أن يخضع نصيباً عن مسؤوليته . لأنه لا مسؤولية عليه في العلاقة فيما بينه وبين مثليه . إذ هم الذين ارتكبوا الخطأ في الواقع . وإذا دفع الممثلون التعويض فلا رجوع لهم على الشخص المعنوي . وقد يكون ممثل الشخص المعنوي تابعاً له كمدير الشركة . فتتحقق مسؤولية الممثل إما باعتباره تابعاً أو بصفته الشخصية . وفي الحالة الأولى تتحقق مسؤولية الشخص المعنوي باعتباره متبوعاً .

== الذي دفع التعويض كاملاً على المسئول معه ، إذا كان الخطأ الذي ارتكبه معاً يعتبر غشاً ، كما إذا اشترك في النصب (استئناف مختلط في ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٥٠) ، أو في السرقة (استئناف مختلط في ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٥٩) ، أو في التقليد المزور (استئناف مختلط في ٩ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٢٢) .

(١) محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة في ٨ نوفمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ١٠ - وقد تتحقق المسؤولية الجنائية في أحوال قليلة ، فتوقع على الشخص المعنوي عقوبة جنائية ، كالجل والإغلاق والمصادرة والغرامة .

(٢) وكما أن الدعوى لا تنهم على الذراع أو على الرأس في حالة الشخص الطبيعي ، فهي كذلك لا تقام على المثلين في حالة الشخص المعنوي (مازو ٢ فقرة ١٩٨٨) .

المطلب الثاني

الطلبات والدفع

§ ١ - طلبات المدعى

٦٢٢ - سبب الدعوى : مهما تنوعت الطرق والوسائل (moyens) التي يستند إليها المدعى في تأييد طلباته . فإن سبب (cause) دعواه واحد لا يتغير : إخلال المدعى عليه بمصلحة له مشروعة . وسواء كانت حجته أو دليله على هذا الإخلال خطأ عقدياً ارتكبه المدعى عليه أو خطأ تقصيرياً . وسواء كان الخطأ التقصيرى خطأ ثابتاً أو خطأ مفترضاً ، وسواء كان الخطأ المفترض يقبل إثبات العكس أو لا يقبل ذلك ، فليست هذه كلها إلا وسائل يستند إليها المدعى في دعواه . وقد ينتقل من وسيلة إلى وسيلة . فيستند أولاً إلى الخطأ التقصيرى ، ثم يتركه إلى الخطأ العقدي . ثم يرجع بعد ذلك إلى الخطأ التقصيرى ولكن بدعيه مفترضاً ، فهو في ذلك كانه قد غير الوسائل التي يستند إليها دون أن يغير سبب دعواه .

ويترتب على ذلك أن المدعى إذا رفع دعواه مستنداً إلى النصوص الخاصة بالخطأ التقصيرى الثابت ، فلا يعد طلباً جديداً في الاستئناف أن يستند إلى خطأ تقصيرى مفترض أو إلى خطأ عقدي . بل يجوز للقاضي ، وقد رفعت الدعوى أمامه بالاستناد إلى الخطأ التقصيرى الثابت ، أن يبني حكمه على خطأ تقصيرى مفترض أو على خطأ عقدي دون أن يكون بذلك قد قضى في شيء لم تطابه الخصوم . فهو إنما استند إلى وسائل لم تبدها الخصوم وهذا جائز . ولكن لا يجوز للمدعى أن يغير الوسائل التي يستند إليها لأول مرة أمام محكمة النقض ، إذ لا يجوز إبداء وسائل جديدة أمام هذه المحكمة .

ويترتب كذلك على ما قدمناه أن المدعى إذا رفع دعواه مستنداً إلى الخطأ العقدي مثلاً ، فرفضت الدعوى ، فإن الحكم يحوز قوة الشيء المقضى ، ولا يستطيع المدعى أن يعود إلى القضاء مستنداً إلى الخطأ التقصيرى . والعكس صحيح . ذلك أن السبب لم يتغير بالانتقال من نوع من الخطأ إلى نوع آخر ، لم يتغير كذلك الخصوم والموضوع ، وهذه هي شروط الشيء المقضى .

أما القضاء الفرنسي فقد جرى على أن المدعى لا يجوز له أن يعدل عما استند إليه من الخطأ ، فيترك الخطأ التقصيري مثلاً إلى الخطأ العقدي ، أو يترك الخطأ الثابت إلى الخطأ المفترض ، وإلا كان ذلك طلباً جديداً لا يجوز له أن يتقدم به لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (١) . كذلك إذا رفضت الدعوى على أساس نوع معين من الخطأ ، لم يحز الحكم قوة الشيء المقضى بالنسبة إلى نوع آخر ، وجاز رفع دعوى المسؤولية من جديد على أساس نوع من الخطأ يختلف عن النوع الذي رفضت الدعوى على أساسه من قبل . ولا يحول دون ذلك قوة الشيء المقضى ، لأن السبب - وهو هنا نوع الخطأ - قد تغير (٢) .

وقضاء محكمة النقض عندنا ، في دائرتها الجنائية ، يتفق مع القضاء الفرنسي (٣) .

(١) فالقضاء ورجال العمل في فرنسا ينصعون المدعى أن يستند في دعواه إلى جميع النصوص الخاصة بالمسئولية - عقابية كانت أو تقصيرية - حتى لا تفلت منه فرصة في كبح دعواه مهما كان رأى القاضي في الوسيلة التي يجب أن تستند إليها الدعوى (أنظر في القضاء الفرنسي وفي قده مازو ٣ فقرة ٢٠٩٧ - فقرة ٢١٠١)

(٢) أنظر في الموضوع مازو ٣ فقرة ٢١٠٢ .

(٣) وقد أصدرت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض أحكاماً عدة في هذا المعنى . فنقضت بأنه إذا كانت الدعويان العمومية والمدنية قد رفعتا على التهم على أساس أنه قارب بنفسه فعل الضرب الذي وقع على عين المدعى عليه وسبب له الضرر المطلوب من أجله التعويض ، واستمر النظر فيها على هذا الأساس طوال المحاكمة ، فإن المحكمة إذا داخلها الشك في أن التهم ضرب المجني عليه ، ولم تر أنه قارب أية جريمة أخرى يكون من سلطتها أن تحاكمه عليها ، فبرأته لعدم ثبوت التهمة عليه ، وتبعاً لذلك رفضت الدعوى المدنية القائمة على أنه ارتكب بنفسه الفعل الضار ، تكون قد أصابت إذ لم يكن في وسعها أن تحكم بغير ما حكمت به . ذلك لأن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٥١ من القانون المدني باعتبار المدعى عليه مسؤولاً عن فعل نفسه تختلف من حيث السبب عن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٥٢ من القانون المذكور باعتبار المدعى عليه مسؤولاً عن فعل غيره ، وليس للمحكمة من تلقاء نفسها أن تغير السبب الذي تقام عليه الدعوى أمامها وإلا تكون قد تجاوزت سلطتها ، وحكمت بما لم يطلب منها الحكم به (تقضى جنائي في أول فبراير سنة ١٩٤٣ الحاماة ٢٤ رقم ١٦١ ص ٤٨٠) .

وقضت أيضاً بأنه ما دامت الدعوى قد رفعت على أساس المسئولية التقصيرية ، والمدعى لم يجنب أن يقضى له فيها بالتعويض على أساس المسئولية التعاقدية - إن صح أن يطلب ذلك أمام المحكمة الجنائية - فليس للمحكمة أن تبرع من عندها بتغيير الدعوى على سبب غير الذي رفعها صاحبها به ، فإنها إذ تفعل تكون قد حكمت به لم يطلبه منها الخصوم ، وهذا غير جائز في القانون (تقضى جنائي في ٨ مارس سنة ١٩٤٣ الحاماة ٢٥ رقم ٤٥ ص ١٤٢) .

وأما فضاؤها في الدائرة المدنية ، فعلى العكس من ذلك يتفق مع الرأي الآخر الذي قدمناه ، وهو الرأي الذي نرجحه . فقد قصت بأن الراجح في باب قوة الشيء المحكوم فيه هو اعتبار كل ما تولد به للمضروب حق في التعويض عن شخصه أو عن ماله قبل من أحدث الضرر أو تسبب فيه — كل ذلك هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض مهما تنوعت أو تعددت علل التعويض أو أسبابه ، لأن ذلك جميعاً من وسائل الدفاع أو طرقه (moyens). فهما كانت طبيعة المسؤولية التي بحثها القاضي في حكمه الصادر برفض دعوى التعويض ، ومهما كان النص القانوني الذي استند إليه المدعى في طلباته أو النص الذي اعتمد عليه القاضي في حكمه . فإن هذا الحكم يمنع المضروب من إقامة دعوى تعويض أخرى على من حكم قبله برفض دعواه . لأنه يعتبر دالاً بالاقتضاء على انتفاء مسؤولية المدعى عليه قبل المدعى عما ادعاه عليه أياً كانت المسؤولية التي أسس عليها طلبه ، عقدية أو غير عقدية أو تقصيرية ، على معنى أن كل ذلك كان من طرق الدفاع ووسائله في دعوى التعويض ، وأن لم يتناوله البحث بالفعل فيها ، ولم يكن ليبرر

== وقضت كذلك بأنه ما دامت الدعوى المدنية قد رفعت أمام المحكمة الجنائية ، فإن هذه المحكمة إذا انتهت إلى أن أحد التهمين هو وحده الذي تارف الجريمة المطلوب التعويض عنها ، وأن التهمين الآخرين أحدهما لم يقع منه سوى تقصير في الواجبات التي يفرضها عليه العقد المبرم بينه (وهو مستخدم بينك التسليف) وبين المدعى بالحقوق المدنية (وهو بنك التسليف) والآخر لم يثبت وقوع أى تقصير منه — إذا انتهت المحكمة إلى ذلك يكون متعيناً عليها ألا تقضى بالتعويض إلا على من ثبتت عليه الجريمة ، وأن تقضى برفض الدعوى بالنسبة للتهمين الآخرين ، لأن حكمها على التهم الذي خالف شروط العقد لا يكون إلا على أساس المسؤولية التعاقدية وهو غير السبب المرفوعة به الدعوى أمامها ، وهذا لا يجوز في القانون ، ولأن حكمها بالتعويض على التهم الآخر ليس له ما يبرره ما دام لم يثبت وقوع أى خطأ منه . أما القول بأن المحكمة كان عليها في هذه الحالة أن تحكم بعدم الاختصاص في الدعوى المدنية بالنسبة لهذين التهمين أحدهما أو كليهما لرفضها فمردود بأنه ما دامت الدعوى قد رفضت على أساس انعدام المسؤولية التقصيرية ، فإن ذلك لا يمنع المدعى بالحقوق المدنية وليس من شأنه أن يمنعه من رفعها أمام المحكمة المدنية بناء على سبب آخر هو المسؤولية التعاقدية (نقض جنائي في ٣١ ماي سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٣٧ ص ٨١) .

وانظر تليقاً على هذا الحكم للدكتور سليمان مرقص في مجلة القانون والاقتصاد ١٧ العدد الثاني ، وهو ماركس المبدأ الذي أخذ به الحكم ، ويؤيد الرأي الصحيح الذي أخذنا به — وانظر تليقاً آخر له في هذا المرقص في مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ٢١٩ — (٢٣٨) .

الحكم للمدعى على خصمه بتعويض ما (١).

٦٢٣- موضوع الدعوى : موضوع دعوى المسؤولية هو التعويض

عن الضرر ، يقدره المدعى كما يرى . ولا يجوز للقاضي أن يزيد عما طلبه المدعى وإلا قضى فيما لم يطلبه الخصوم . ولكن يجوز له أن يقضى بأقل . كذلك لا يجوز للمدعى أن يزيد مقدار ما يطلبه من التعويض في الاستئناف لأول مرة . لأن ذلك يعد طلباً جديداً .

ولكن كيفية التعويض قد تتغير دون أن يكون في ذلك تعديل في الطلبات . فقد يطلب المدعى مبلغاً من النقود فيحكم القاضي بإيراد مرتب ، وقد يطلب تعويضاً عينياً فيحكم له القاضي بتعويض نقدي . وقد يغير المدعى من كيفية التعويض الذي يطلبه لأول مرة في الاستئناف فيجوز ذلك ، كما لو طلب تعويضاً نقدياً أمام المحكمة الابتدائية . ثم طلب في الاستئناف تعويضاً عينياً مصحوباً بتهديد مالى .

٢٤ - دفع المدعى عليه (التقادم)

٦٢٤- الدفع : يدفع المدعى عليه دعوى المسؤولية بأحد أمرين : إما

أن ينكر قيام المسؤولية ذاتها فيدعى أن ركناً من أركانها لم يتوافر من خطأ أو ضرر أو سببية . وإما بأن يعترف بأن المسؤولية قامت ولكنه يدعى أن الالتزام المترتب عليها قد انقضى بالوفاء أو بالمقاصة أو بالإبراء أو بالتقادم أو بغير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام . وفى كل ذلك تطبق القواعد العامة (٢) .

(١) تقضى مدونى ٥ يناير سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر رقم ١٥٤ - من ٤٥٢ .

(٢) وقد قدمنا أن هناك دعواً خاصاً بدعوى المسؤولية المدنية ، إذا رفعت أمام المحكمة المدنية ، عن جريمة رفعت الدعوى الجنائية في شأنها أمام المحكمة الجنائية . فإن الدعوى الجنائية تقف من سير الدعوى المدنية حتى يفصل نهائياً في الدعوى الجنائية . وهذا ما يعبر عنه الفرنسيون بقولهم : *Le criminel tient le civil en état* وقد وردت هذه القاعدة في قانون الإجراءات الجنائية الجديد في المادة ٢٦٥ على الوجه الآتى : « إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية ، يجب وقف الفصل فيها حتى يحكم نهائياً . الدعوى الجنائية المقامة قبل رفعها أو في أثناء السير فيها . على أنه إذا أوقف الفصل في الدعوى الجنائية لجنوت التهم بفصل في الدعوى المدنية » .

٦٢٥- **الرفع بالتقادم:** والذي يعنينا الوقوف عنده قليلا هو التقادم.

فقد أدخل القانون المدني الجديد تعديلا هاما في هذا الصدد . وبعد أن كانت دعوى المسؤولية تتقادم كغيرها من الدعاوى بخمس عشرة سنة صارت تتقادم أيضاً بثلاث سنوات على تفصيل نوردّه فيما يلي :

نصت المادة ١٧٢ من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

« ١ - تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . وتسقط هذه الدعوى في كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع ».

« ٢ - على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة . وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة في الفقرة السابقة . فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« ١ - تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المصاب بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه . ونسبة الدعوى كدات في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع . ٢ - على أنه إذا كانت دعوى التعويض ناشئة عن جريمة تقرر لسقوط الدعوى الجنائية فيها مدة أطول . فإن هذه المدة هي التي تسقط بها الدعوى المدنية » . وفي لجنة المراجعة نوقشت المادة مناقشة طويلة ، ورأى بعض الأعضاء أنه لا توجد علاقة بين سقوط دعوى التعويض المدنية وسقوط الدعوى الجنائية ، ولكن الأغلبية رأيت إبقاء الحكم على أصله مع تقديم الفقرة الثانية بحيث تكون استثناء لمدة الثلاث سنوات لا من مدة الخمس عشرة سنة ، وأصبح النص النهائي الذي أقرته اللجنة هو : « ١ - تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه إلا إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة تسقط الدعوى الجنائية فيها بمدة أطول ، فإن هذه المدة هي التي تسقط بها دعوى التعويض . ٢ - وتسقط دعوى التعويض في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع » . وأصبح رقم المادة ١٧٦ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة القانون المدني يجلس الشيوخ اعترض على جعل يوم علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه مبدأ لسريان التقادم القصير وهو ثلاث سنوات لأنه لا بد من تعيين معيار مادي ثابت لبدء السقوط فالمبطل القضائية يجب تحديدها بواقعة مادية ، ثم القدر قد يشتر إشكالات لا تنتهي . ولكن اللجنة تبين أن كل التشريعات الحديثة أخذت =

وفقاً لهذا النص يجب التمييز ما إذا كانت دعوى المسؤولية قد قامت على خطأ مدني لا يعتبر جريمة أو كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة جنائية .
ففي الحالة الأولى تسقط دعوى المسؤولية بالتقادم بأقصر المدينين الآتين :
(١) ثلاث سنوات تنقضي من اليوم الذي علم فيه المضرور بالضرر وبالشخص المسئول عنه . فلا يبدأ سريان التقادم من يوم وقوع الضرر . ويترتب على ذلك أنه قد ينضى على وقوع الضرر مدة تزيد على ثلاث سنوات دون أن تقادم دعوى

== بمبدأ المدة القصيرة للتقادم على أن يبدأ سريانها من يوم العلم بالضرر وبالشخص الذي أحدثه .
وبمبدأ المدة الطويلة في حالة عدم العلم . واستبدلت اللجنة عبارة « الشخص المسئول عنه » بعبارة « الشخص الذي أحدثه » ، والاستعاضة عن الشئ الأخير من الفقرة الأولى بعبارة « فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى العمومية » ، وقصد من هذا الاقتراح إلى الإبقاء على الدعوى المدنية طوال المدة التي يوقف فيها سريان تقادم الدعوى العمومية بالتحقيق أو بالحكمة لأن إطلاق النص الوارد في المشروع يجعل تقادم الدعوى المدنية يتم باقضاء المدة التي تسقط بها الدعوى العمومية دون نظر إلى وقت سريان تقادمها ، والأصح أن تبقى الدعوى المدنية مابقي الحق في رفع الدعوى العمومية أو تحريكها أو ادبر فيها فأما ، والأصح كذلك أن يرد الاستثناء الخاص ببقاء الدعويين في الفقرة الثانية لأن الدعوى العمومية قد تظل باقية أحياناً مدة تجاوز الخمس عشرة سنة . وعلى ذلك عدلت المادة على الوجه الوارد في القانون الجديد وأصبح رقبها ١٧٢ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال الحضيرية ٢ ص ٣٩٩ - ٤٠٤) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في هذا الصدد ما يأتي : « استحدث المشروع في نطاق المسؤولية التقصيرية تقادماً قصيراً . ففرض بسقوط دعوى التعويض الناشئة عن عمل غير مشروع باقضاء ثلاث سنوات على غرار ما فعل فيما يتعلق بدعوى البطالان . وبدأ سريان هذه المدة من اليوم الذي يعلم فيه المضرور بالضرر الحادث ، ووقف على شخص من أحده . فإذا لم يعلم بالضرر الحادث ، أو لم يقف على شخص من أحده ، فلا يبدأ سريان هذا التقادم القصير ، ولكن دعوى المضرور تسقط على أي الفروض باقضاء خمس عشرة سنة على وقوع العمل غير المشروع . وإذا كان العمل الضار يستتبع قيام دعوى جنائية إلى جانب الدعوى المدنية ، وكانت الدعوى الجنائية تقادم باقضاء مدة أطول ، سرت هذه المدة في شأن تقادم الدعوى المدنية . فلو حدث الضرر مثلاً من جراء جنائية ، كانت مدة سقوط الدعوى المدنية عشر سنوات عوضاً عن ثلاث لأن الدعوى الجنائية لا تقادم إلا باقضاء تلك المدة وهي أطول . وقد فرض في هذا كله أن يبدأ سريان المدة لا يختلف في المسالتين ، بيد أن الدعوى المدنية لا تسقط إلا باقضاء خمس عشرة سنة عند جهل المضرور بالضرر الحادث أو بشخص عمده ، وهي مدة أطول من مدة سقوط الدعوى الجنائية . وصفاً القول أن الدعوى المدنية قد تبقى قائمة بعد انقضاء الدعوى الجنائية ، ولكن ليس قبل انقضاء الدعوى المدنية قبل انقضاء الدعوى الجنائية (مجموعة الأعمال الحضيرية ٢ ص ٤٠٠) .

المسئولة ويكفي لتحقيق ذلك أن يقع الضرر دون أن يعلم به المضرور . كما لو أوصى شخص لآخر بمال ولم يعلم الموصى له بالوصية إلا بعد موت الموصى بمدة طويلة ، وتبين أن أحد الورثة وضع يده على المال الموصى به وأتلفه منذ مدة نفرضها خمس سنوات ، ففي هذا الفرض لا يبدأ سريان التقادم إلا من اليوم الذى علم فيه الموصى له بالوصية ويتم ألتلف الموصى به من الورثة ، ولا تتقادم دعواه إلا بانقضاء ثلاث سنوات من ذلك اليوم . أى بانقضاء ثمانى سنوات من وقت وقوع الضرر . وقد يعلم المضرور بوقوع الضرر ولكنه لا يعلم بالشخص المسئول عنه ، كما لو اصطدم بسيارة لم يعرف سائقها ، ثم اهتدى إلى معرفته بعد سبع سنوات مثلاً ، فهنا أيضاً لا تتقادم دعوى المسئولية إلا بانقضاء ثلاث سنوات من وقت علم المضرور بالشخص المسئول . أى بانقضاء عشر سنوات من وقت وقوع الضرر . أما إذا علم المضرور بوقوع الضرر والشخص المسئول عنه فى اليوم الذى وقع فيه - وهذا ما يحدث غالباً - فإن دعوى المسئولية تتقادم فى هذا الفرض بانقضاء ثلاث سنوات من وقت وقوع الضرر . (٢) خمس عشرة سنة من وقت وقوع الضرر . وهذا لا يتحقق إلا إذا كان المضرور لم يعلم بوقوع الضرر أو بالشخص المسئول عنه إلا بعد مدة طويلة نفرضها ثلاث عشرة سنة . فى هذا الفرض النادر تتقادم دعوى المسئولية بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت وقوع الضرر . لأن هذه المدة أقصر من مدة ثلاث السنوات التى تسري من وقت علم المضرور بوقوع الضرر والشخص المسئول عنه . إذ أن هذه المدة الأخيرة عند الحساب تكون ست عشرة سنة من وقت وقوع الضرر . وقد رأينا أن القانون المدنى الجديد جعل التقادم بأقصر هاتين المدتين فى دعوى بطلان العقد . وسرى أنه سار على هذا النهج فى الالتزامات الناشئة عن الإثراء بلا سبب ودفع غير المستحق والفضالة . وما نحن نراه يسير على النهج ذاته فى الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع . وقد استبقى الالتزامات الناشئة عن العقد ، فجعلها لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة ، لأنها التزامات أَرادها المتعاقدان فترتبت فى ذمة الملتزم بإرادته هو . وهذا بخلاف الالتزامات الأخرى فقد فرضها القانون على الملتزم .

وفي الحالة الثانية، إذا نشأت دعوى المسؤولية عن جريمة كجناية قتل مثلاً، تتقدم الدعوى في الأصل بأقصر المدتين السابقين الذكر . فإذا فرضنا أن أقصر المدتين ثلاث سنوات أو خمس أو أية مدة أخرى تقل عن عشر سنوات ، نتج عن ذلك موقف شاذ ، إذ تكون الدعوى المدنية قد تقدمت قبل أن تتقدم الدعوى الجنائية . فإن هذه لا تتقدم إلا بعشر سنوات (م ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية الجديد) . هذا الموقف الشاذ ، وهو سقوط الدعوى المدنية مع قيام الدعوى الجنائية ، وإيقاع عقوبة جنائية على الجاني دون التمكن من إلزامه بالتعويض وهو أقل خطراً من العقوبة الجنائية ، هو الذي أراد القانون أن يتنازله . فنص على أن الدعوى المدنية لا تتقدم في هذه الحالة . بل تبقى قائمة مع الدعوى الجنائية ، ولا تسقط إلا بسقوطها ، حتى يتمكن المضرور في الوقت الذي يعاقب فيه الجاني أن يتقاضى منه التعويض المدني . أما العكس فمستبعد : تسقط الدعوى الجنائية قبل أن تسقط الدعوى المدنية . وصورة ذلك في المثل الذي نحن بصدده ألا تعلم الورثة بقتل مورثهم إلا بعد عشر سنوات من وقوع الجناية ، فتكون الدعوى الجنائية قد سقطت بالتقدم ، ومع ذلك تبقى الدعوى المدنية إذ لم ينقض إلا ثلاث سنوات من وقت العلم بالجناية وبالجاني ولا خمس عشرة سنة من وقت وقوع الجناية (١) . ومثل ذلك أيضاً أن تكون الجريمة التي نشأت عنها دعوى المسؤولية مخالفة بسيطة تنقض الدعوى الجنائية فيها بمضي ستة من يوم وقوعها (م ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية الجديد) . فتكون الدعوى المدنية قائمة بعد سقوط الدعوى الجنائية إذ لا تسقط الدعوى الأولى بأقل من ثلاث سنوات (٢) .

٦٢٦ - سرية النفي الجدير من ميثاق المصالحة : ويتبين مما قدمناه أن

(١) قفس مدني في أول مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٤ رقم ١٩٨ ص ٤٣٢ .

(٢) وسقوط الدعوى المدنية قبل سقوط الدعوى الجنائية أكثر احتمالاً في القانون المدني الجديد (حيث قصرت مدة التقدم) منه في القانون المدني القديم . وهذا هو الذي جعل للشرع في القانون المدني الجديد بنس صراحة على الاحتياط الذي نحن بصدده ، حتى لا تسقط الدعوى المدنية قبل سقوط الدعوى الجنائية على النحو الذي قدمناه . أما القانون المدني القديم فلم يتضمن نصاً في هذه المسألة ، ولم يكن في حاجة كبيرة إليه ، لأن دعوى المسؤولية فيه كانت لا تسقط إلا بخمس عشرة سنة ، فكان من النادر أن تسقط الدعوى المدنية قبل سقوط الدعوى الجنائية .

القانون المدنى الجديد قد عدل مدة التقادم فى دعوى المسئولية . فجعلها فى أكثر الأحوال أقصر من المدة التى كان القانون القديم بقررها . وقد نصت المادة الثامنة من القانون المدنى الجديد على أنه « ١ - إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك . ٢ - أما إذا كان الباقى من المدة التى نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد . فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي » .

ونفرض . لتطبيق هذا النص . أن مسئولية مدنية قد تحققت فى ظل القانون المدنى القديم : سرقة وقعت قبل نفاذ القانون الجديد وعلم المجنى عليه بالسرقة وبالسارق قبل هذا التاريخ . فإذا فرضنا أن السرقة وقعت فى سنة ١٩٤١ ، فإن دعوى المسئولية فى هذا الفرض إذا طبق عليها القانون القديم لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة تسرى من وقت وقوع السرقة . فتتقادم فى سنة ١٩٥٦ . أما إذا طبق عليها القانون الجديد ، فإنها تتقادم بثلاث سنوات تسرى من وقت العمل بالقانون الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) . فتتقادم فى سنة ١٩٥٢ . ومن ثم يكون القانون الجديد هو الذى ينطبق لأن التقادم بمقتضاه أسرع ، وإذا فرضنا أن السرقة وقعت فى سنة ١٩٣٦ . فإن القانون القديم هو الذى ينطبق لأن الباقي من مدة التقادم فيه عند نفاذ القانون الجديد أقل من ثلاث سنوات ، وهى المدة التى قررها النص الجديد . فتتقادم الدعوى فى هذا الفرض فى سنة ١٩٥١ .

المطلب الثالث

الاثبات

١٨ - عبء الإثبات

٦٢٧ - عبء إثبات الضرر : المدعى هو الذى يحمل عبء إثبات ما أصابه من الضرر . ولا يستطيع أن يخطو فى دعوى المسؤولية خطوة قبل أن يثبت

ذلك (١).

وفي أحوال استثنائية يعنى القانون المدعى من إثبات الضرر :

١ - إما بوضع قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس على أن هناك ضرراً قد وقع . فقد نصت المادة ٢٢٨ من القانون المدنى الجديد على أنه « لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير . قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير » . وأكثر ما يقع ذلك فى المسؤولية العقدية . ولكن يمكن تصوره فى المسؤولية التقصيرية . إذا قدر الطرفان مقدار التعويض باتفاق بينهما . فتستحق فوائد التأخير دون حاجة إلى إثبات الضرر .

٢ - وإما بوضع قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس على وقوع الضرر . ويكون ذلك فى الشرط الجزائى . فقد نصت المادة ٢٢٤ فقرة أولى من القانون المدنى الجديد على أنه « لا يكون التعويض الاتفاقي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر » . وبغلب أن يقع هذا أيضاً فى المسؤولية العقدية ، ولكنه يتصور فى المسؤولية التقصيرية إذا اتفق الطرفان على إعادة الشيء إلى أصله كتعويض عن خطأ تقصيرى ووضعاً شرطاً جزائياً . والمنفروض عند وجود شرط جزائى أن إخلال المدين بالتزامه قد أصاب الدائن بالضرر . وقد قدر المتعاقدان فى الشرط الجزائى مدى هذا الضرر وقيمه . وهذه قرينة قانونية تعنى الدائن من إثبات الضرر . ولكنها تقبل إثبات العكس ، فلملدين أن يثبت ، كما يقول النص ، أن الدائن لم يلحقه أى ضرر .

٦٢٨ - عبء إثبات الخطأ : الأصل أن عبء إثبات الخطأ يقع على المدعى . والخطأ كما قدمنا هو انحراف الشخص عن السلوك المألوف للشخص العادى . وهذا الانحراف واقعة مادية ، أكثر ما تثبت من طريق قرائن قضائية متتابعة . تنقل عبء الإثبات من جانب إلى جانب . فالمدعى يبدأ بإثبات واقعة تقوم قرينة قضائية على وقوع الخطأ . فينتقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه . فيثبت

(١) استئناف مختلط فى ١٢ مايو سنة ١٨٨٧ بوريللى م ١٧٩ رقم ٩ - وفى ٢ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩٣ - وفى ٤ مارس سنة ١٩٤٥ م ٢٧ ص ١٩٩ - فاون محكمة استئناف مصر الوطنية فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحسامة ٢٠ رقم ١١٩ ص ٤٥٥ . وتعليق الدكتور سليمان مرفس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٤٨ - ٣٤٩ .

هذا واقعة أخرى تقوم دى أيضاً قرينة قضائية على انتفاء الخطأ من جانبه . فيعود عبء الإثبات إلى المدعى . وهكذا . إلى أن يعجز أحد الطرفين عن إثبات ما يزحزح عنه القرينة القضائية التى ألقاها عليه خصمه . فيكون هو العاجز عن الإثبات . فإن كان المدعى هو الذى عجز . فقد اعتبر غير قادر على إثبات دعواه وخسرهما . وإن كان الذى عجز هو المدعى عليه . فإن المدعى يكون قد تمكن من إثبات الخطأ (١) .

هذا هو الأصل . ولكن ترد استثناءات كثيرة . يعنى فيها المدعى من إثبات الخطأ . بفضل قرينة قانونية تكون إما قابلة لإثبات العكس وإما غير قابلة لذلك (٢) . وسرى فيما يلى تفصيلاً وافياً لهذه القرائن القانونية . وبعضها قابل لإثبات العكس كخطأ من يعهد إليه بالرقاية على غيره . وبعضها غير قابل لإثبات العكس كخطأ التسرع وخطأ حارس الأشياء . وبملاحظ بوجه عام أن هذه القرائن القانونية لا تعنى المدعى من إثبات وجود الحالة القانونية التى يترتب عليها قيام القرينة على الخطأ (٣) . وسرى ذلك فى مكانه .

٦٢٩- عبء إثبات السببية: الأصل هنا أيضاً أن عبء إثبات السببية يقع على المدعى . فهو الذى يثبت ، ليس فحسب الضرر الذى وقع عليه والخطأ الذى وقع من غريمه ، بل أيضاً علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر . ولكن هذه القاعدة محدودة الأهمية . فهى تارة يرد عليها استثناءات يقررها القانون ، وطوراً يضيق مجال تطبيقها العملى حتى تصبح للقاعدة هى الاستثناء .

أما الاستثناءات التى يقررها القانون فهى قرائن قانونية ، كلها قابلة لإثبات العكس ، يقيمها القانون على وجود السببية . والقانون يقيم هذه القرائن

(١) استئناف مختلط فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤١ — محكمة الإسكندرية المختلطة فى ١٠ يونية سنة ١٩٢٢ جازيت ١٣ رقم ٨٦ ص ١٦٠ .

(٢) أنظر فى أن الخطأ المفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس هو فى الواقع من الأمر خطأ ثابت (faute prouvée) مازو ٢ فقرة ١٦٩٠ — فقرة ١٦٩٢ .

(٣) والقرائن القانونية على الخطأ إنما أقامها القانون لمصلحة المدعى دون غيره . وقد رأينا أن غير المدعى لا يجوز له أن ينفع بهذه القرائن ، فلا يصح أن يتمسك بها لا المدعى عليه ولا الغير .

حيث يقيم قرائن الخطأ . فهو إذا أقام قرينة على الخطأ - قابلة أو غير قابلة لإثبات العكس - يقيم إلى جانبها قرينة على السببية تكون دائماً قابلة لإثبات العكس . فالمكلف بالرقابة تقوم ضده قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس على الخطأ . وتقوم ضده كذلك قرينة قانونية قابلة هي أيضاً لإثبات العكس على السببية . ويستطيع أن ينشئ كلا من القرينتين . فينبى قرينة الخطأ بإثبات أنه لم يقصر فى الرقابة . وينشئ قرينة السببية بإثبات أن الضرر كان لا بد واقعاً حتى لو لم يقصر أى بإثبات السبب الأجنبي . وحارس الحيوان أو الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة تقوم ضده قرينة الخطأ وهى غير قابلة لإثبات العكس ، وقرينة السببية وهى قابلة للنشئ بإثبات السبب الأجنبي . فإذا تركنا الاستثناءات وعدنا إلى القاعدة . رأينا أن مجال تطبيقها فى العمل محدود . ذلك أن المدعى إذا أثبت الضرر والخطأ ، فى أكثر الأحوال ، ومن الناحية العملية المحضة ، تقوم فى ذهن القاضى شبهة قوية فى أن الخطأ هو الذى أحدث الضرر . ومن ثم تقوم قرينة قضائية على علاقة السببية ، تنقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه . فيطالب هذا بنشئ هذه العلاقة ، ويستطيع ذلك إذا أثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي . وهذا هو السبب الذى دعا المشرع فى القانون المدنى الجديد إلى أن يورد الحكم فى هذه المسألة على هذا الوضع العملى . فنص فى المادة ١٦٥ على ما يأتى : « إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ من سبب أجنبي لا يد له فيه ، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك » . ونص فى المادة ٢١٥ على ما يأتى : « إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه » . وفى النصين وضع القانون عبء الإثبات ، من الناحية العملية المحضة ، على عاتق المدين لا على عاتق الدائن (١) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التيمدى فى صدد المادة ٢١٥ ، حيث ورد أن إسقاط قرينة الخطأ يكون بإثبات السبب الأجنبي . وفى هذا خلط بين الخطأ وعلاقة السببية ، فإن الذى ينبى بإثبات السبب الأجنبي هو علاقة السببية لا الخطأ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٧) .

٢٨ - وسائل الإثبات

٦٣٠ - **الإثبات بجميع الطرق** . لم تكن الأركان الثلاثة -- الخطأ والضرر والسببية -- التي يجب إثباتها لتحقيق المسؤولية هي كلها وقائع مادية ، فإن إثبات أية واقعة منها يجوز بجميع الطرق ، وبخاصة البيئة والقرائن (١) . وفي أكثر الأحوال يثبت الضرر والسببية بالمعاينة المادية أو بشهادة طبية أو بتقدير الخبراء . أما الخطأ فأكثر ما يثبت بشهادة من عاينوا الحادث وبالتحقيق الجنائي وبالانتقال إلى محل الواقعة ومعاينته وبالقرائن القضائية والقانونية (٢) .

٦٣١ - ارتباط القاضى المرئى بالحكم الجنائى - تأصيل القاعدة :

ومن أهم القرائن القانونية التى تسيطر على وسائل الإثبات فى دعوى المسؤولية

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الدعوى المرفوعة على سيد وخادمه بطلب الحكم عليها متضامنين بأن يدفعوا إلى المدعية مبلغاً تعويضاً لها عن عبث الخادم بعلى كانت فى علة استودعتها السيد هى دعوى متضمنة فى الواقع دعويين : الأولى أساسها الجريمة المنسوبة إلى الخادم ، وفيها بدور الإثبات بينه وبين المدعية على وقوع الجريمة ، وإثبات الجريمة جائز قانوناً بأى طريق من طرق الإثبات ، فهى دعوى غير متوقفة على عقد الوديعة ولا لها بالوديعة إلا صلة عرضية من ناحية أن الجواهر التى وقعت عليها الجريمة كانت وديعة ، وهذا ليس من شأنه أن يغير من حقيقة الدعوى ولا من طريق الإثبات فيها . والثانية موجهة إلى السيد ، وأساسها أن الخادم الموجهة إليه الدعوى الأولى قد ارتكب الجريمة فى حال تأدية وظيفته عنده ، وهذه ليس مطلوباً فيها إثبات عقد الوديعة على السيد . ومن ثم يجوز لإثبات محتويات العلة بالبيئة والقرائن (نقض مدنى أول مايو سنة ١٩٥٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٩٨ من ٤٣٢) . وقضت أيضاً بأن الدليل لا ارتباط له بالمسئولية فى حد ذاتها ، وإنما يتعلق بذات الأمر المطلوب إثباته . فقد تكون المسئولية تعاقدية ومع ذلك يكون الإثبات فيها بالبيئة والقرائن كما فى حالة التعهد بعدم فعل شئ . عندما يرغب التعهد له إثبات مخالفة التعهد للتعهد . وقد تكون المسئولية جنائية أو تقصيرية ومع ذلك يكون الإثبات فيها بالكتابة كما بالنسبة للعقد المرتبط بها إذا كانت قيمته تزيد على ألف قرش فى غير المواد التجارية والأحوال الأخرى المستثناة كما هى الحال فى جريمة خيانة الأمانة (نقض مدنى فى ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ بمجموعة عمر ٣ رقم ٣٤ من ٧٥) .

(٢) استئناف مختلط فى ٤ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ من ١٠٥ - وفى ٥ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ من ١٦١ - وفى ١١ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ من ١٩٦ - وفى ٢٤ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ من ٢٩٥ - وفى ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ من ٧٢ - وفى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ من ١٥ - وفى ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٢٣٤ .

حجة الحكم الجنائي. ذلك أن دعوى المسؤولية يغلب أن تقوم على جريمة جنائية، فتخضع لاختصاص القضاء الجنائي واختصاص القضاء المدني. فإذا صدر حكم نهائي في الجريمة من محكمة جنائية. فلن أي حد يصبح هذا الحكم حجة في الدعوى المدنية، وهل يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي؟ تجيب المادة ٤٠٦ من القانون المدني الجديد بما يأتي :

« لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٤٤ من المشروع التهدي على الوجه الآتي :

« لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي في الوقائع التي لم يفصل فيها هذا الحكم أو الوقائع التي فصل فيها دون ضرورة » . وفي لجنة المراجعة رأى أن النص يكون أوضح لو ذكر الحكم العكسي، فوافقت اللجنة على أن يكون نص المادة كما يأتي : « لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً » . وأصبح رد المادة ٤١٩ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وكذلك وافقت عليها لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقنادة ٤٠٦ . ثم وافق عليها مجلس الشيوخ دون تعديل (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٤ - ص ٢٨٨) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في صدد هذا النص ما يأتي : « ١ - استلهم المشروع في صياغة هذه المادة أحكام المادة ٣٠٣ من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة ١٩٥٦ من التقنين الهولندي والمادة ٢٥٠٢ من التقنين البرتغالي . ويراعى أن حجة الأحكام الجنائية تنطوي على معنى الإطلاق من ناحية ومعنى الاختصار من ناحية أخرى . (١) فهي مطلقة بمعنى أن ما تقتضيه المخاكم الجنائية يكون ملزماً للكافة ، ولذلك نصت المادة ١٩ فقرة أولى من التقنين تحقيب الجنائيات المختلط على إلزام المحكمة المدنية بالفصل طبقاً لما قضى به نهائياً من المحكمة الجنائية إذا استلزم الفصل في الدعوى المرفوعة أمامها معرفة ما إذا كانت هناك جريمة قد ارتكبت ومن ينسب إليه ارتكابها . ونصت المادة نفسها في فقرتها الثانية على إلزام المحكمة المدنية بوقف الفصل في الدعوى المدنية المترتبة على وقوع الجريمة إذا رفعت الدعوى الجنائية قبل الفصل فيها نهائياً ، وذلك اتقاء لتعارض الأحكام . (ب) وهي قاصرة بمعنى أن نطاق إلزامها لا يجاوز ما قضى به فعلاً ، أي ما فصل فيه الحكم . ففي حالة عدم الحكم بقوبة - وهي الحالة التي تواجهها المادة ٣٠٣ من المشروع الفرنسي الإيطالي - يجوز للقاضي المدني أن يحكم على المتهم بالتعويض دون أن ينطوي حكمه هذا على تعارض مع الحكم الجنائي . فالواقع أن عدم القضاء بالمعقوبة قد يرجع إلى انقضاء الدعوى العمومية بموت المتهم أو بالتقادم أو بالدفء الشامل ، وإزاء ذلك لا يحكم القاضي بالمعقوبة لتوافر هذا السبب أو ذاك ، دون أن يفصل في الواقعة التي أدرست عليها الدعوى الجنائية . وما دام القاضي الجنائي قد انتصر على الفصل في أن الواقعة المنسوبة إلى المتهم تتم ترفيع عقوبة شأناً . فللقاضي المدني والحال هذه أن يقضى بالتعويض دون أن :-

وتأصيل هذه القاعدة لا يرجع إلى أن الحكم الجنائي يربط القضاء المدني بتمتضي قوة الأمر المقضي (force de la chose jugée) فإن قوة الأمر المقضي ، تمتضي الوحدة في الخصوم والموضوع والسبب ، ولا يمكن أن يتحقق هذا إلا في قضاء مدني يقيد قضاء مدنياً أو في قضاء جنائي يقيد قضاء جنائياً . أما القضاء الجنائي إذا أريد أن يقيد قضاء مدنياً ، فلن يكون هذا لوحدة في الخصوم فالخصوم في الدعوى الجنائية وفيهم النيابة العامة غيرهم في الدعوى المدنية . ولا لوحدة في الموضوع فموضوع الدعوى الجنائية العقوبة وموضوع الدعوى المدنية التعويض . ولا لوحدة في السبب فسبب العقوبة خطأ جنائي وسبب التعويض خطأ مدني . فكيف يقوم التقييد على هذا الأساس وقوة الشيء المقضي تمتضي الوحدة في هؤلاء جميعاً !

== يعارض بذلك ما قضى به جنائياً ، وأن يؤسس قضاءه على الواقعة نفسها بوصفها تقصيراً مدنياً وقم من التهم . ثم إن الحكم بالبراءة قد لا يني قيام التقصير المدني أيضاً ، إذ ليسمة تلازم بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية ، فيجوز أن يقتصر نطاق الدعوى العمومية على فعل معين لا يستتبع مسؤولية جنائية ولكنه يستتبع مسؤولية مدنية ، وفي هذه الحالة تفصل المحكمة الجنائية في المسؤولية الجنائية وحدها وتمتضي بالبراءة ولأن الواقعة التي فصلت فيها أو وقائع أخرى لم تنظر فيها قد تكون أساساً لدعوى مدنية . فيجوز مثلاً أن يبرأ التهم من جريمة مخالفة قواعد المرور مع الحكم عليه بالتعويض عن تقصير مدني لا يصدق عليه وصف الجريمة . فإذا اقتصر القاضي الجنائي على الفصل في أن الواقعة المنسوبة إلى التهم لا تعتبر جريمة ، جاز للقاضي المدني أن يقضي بالتعويض دون أن يناقض بذلك ما قضى به جنائياً . ٢ - فالشرط الجوهرى في انتفاء حجية الأحكام الجنائية الصادرة بالبراءة أو بانتفاء وجه استيفاء العقوبة أمام المحاكم المدنية هو اقتصار القاضي الجنائي على الفصل في الواقعة الجنائية دون الفصل في نسبتها . ويتحقق هذا الشرط متى قضى الحكم بأن الواقعة لم بعد وجه لاستيفاء العقوبة بشأنها أو أنها ليست مما يقع تحت طائلة العقاب (البراءة) . ولكن لو فرض أن القاضي أسس البراءة على نفي نسبة الواقعة إلى التهم ، كان لحكمه قوة الشيء المقضي به بشأن هذه النسبة ، وتبين على القاضي المدني أن يفصل طبقاً لهذا القضاء ، وفقاً لما قضى به المادة ١٩ من تقنين تحقيق الجنايات المختلط . ويستفاد هذا الحكم ضمناً من المادة ٣٠٦ من هذا التقنين إذ تنص على أنه « إذا برى التهم وألزم بتعويضات للدعى المدني بالحق المدني يكون تقدير المصاريف الواجب الحكم بها عليه للدعى بالحق المدني المذكور حسب القواعد المقررة في المواد المدنية والتجارية » . وقد استند القضاء بوجه خاص إلى هذه المادة وقضى بإلزام التهم بالتعويضات رغم الحكم ببراءته (جنح للنصورية في ٥ مايو سنة ١٩٣٨ جريدة المحاكم المختلطة ٤ يونية سنة ١٩٣٨ واستئناف مختلط في ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٧) ورغم تقدم الدعوى العمومية (استئناف مختلط في ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٨٨) . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٥ - ص ٤٢٧) .

وإنما يرجع تقييد القضاء الجنائي للقضاء المدني إلى اعتبارين . أحدهما قانوني والآخر عملي . أما الاعتبار القانوني فهو أن الحكم الجنائي له حجية مطلقة ، فهو حجة بما جاء فيه على الناس كافة ، ومنهم الخصوم في الدعوى المدنية ، فهؤلاء لا يجوز لهم أن يناقشوا حجية الحكم الجنائي . والاعتبار العملي هو أنه من غير المستطاع ، والمسائل الجنائية من النظام العام . أن يقول القاضى الجنائى شيئاً فينقضه القاضى المدنى . فإذا صدر حكم جنائى بإدانة منهم أو ببراءته ، كان مؤذياً للشعور العام . وقد آمنت الناس على أثر الحكم الجنائى بأن المتهم مجرم أو برى . أن يأتى القاضى المدنى فيقول إن المتهم برىء فلا يحكم عليه بالتعويض فى الوقت الذى قال فيه القاضى الجنائى إنه مجرم ، أو يقول إن المتهم مجرم فيحكم عليه بالتعويض بعد أن قال القاضى الجنائى إنه برىء (١) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجب أن يكون للحكم الجنائى الصادر بالإدانة حجيته أمام المحاكم المدنية فى الدعوى التى يكون أساسها ذات الفعل موضوع الدعوى التى صدر فيها ، وذلك من أن يحىء الحكم المدنى على خلاف الحكم الجنائى . فإنه ليس من القبول فى النظام الاجتماعى أن توقع المحكمة الجنائية العقاب على شخص من أجل جريمة وقت منه ، ثم تأتى المحكمة المدنية فتقضى بأن الفعل المسكون للجريمة لم يقع منه ، فى حين أن الشارع قد أحاط الإجراءات أمام المحاكم الجنائية — لتعلقها بأرواح الناس وحرياتهم وأعراضهم — بضمانات أكفل ياطهار الحقيقة ، مما يقتضاه أن يكون الحكم متى صدر بالإدانة على ثقة الناس كافة بصورة مطلقة لا يصح معها بأى حال إعادة النظر فى موضوعه . وإذن فإذا قضت المحكمة المدنية للدعى بتثبيت ملكيته للأطيان المتنازع عليها، وبنت قضاءها على رفض ما دعى به المدعى عليه الدعوى متسكاً بملكيتها بإعماله استناداً إلى عقد يبيع سبق الحكم جنائياً بإدانته فى تهمة تزويره ، فإنها لا تكون قد خالفت القانون (قضى مدنى فى ١٣ يناير سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ٩٠ من ٢٤٥) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن الحكم الصادر فى الدعوى الجنائية يجب أن تكون له حجية المحكوم به أمام المحكمة المدنية بالنسبة لما يقتضى الفصل فى تلك الدعوى يئانه فيه حسب القانون متى كان مناط الدعوى المدنية ذات الفعل الذى تناوله هذا الحكم . وليست العلة فى ذلك اتحاد المحصوم والموضوع والسبب فى الدعويين ، وإنما هى فى الواقع توافر الضمانات المختلفة التى قررها الشارع فى الدعاوى الجنائية ابتغاء الوصول إلى الحقيقة لارتباطها بالأرواح والحريات — الأمر الذى تتأثر به مصلحة الجماعة لا مصلحة الأفراد ، مما يقتضى أن تكون الأحكام الجنائية على ثقة على الإطلاق ، وأن تبقى آثارها نافذة على الدوام . وهذا يستلزم حتماً ألا تكون هذه الأحكام معرضة فى أى وقت لإعادة النظر فى الموضوع الذى صدرت فيه ، حتى لا يجر ذلك إلى تحييدها من حيث أية جهة من جهات القضاء . وإذ كان تعدادى التعارض على الوجه المتقدم =

فمنع التعارض ما بين الأحكام الجنائية والأحكام المدنية ، وجعل هذه مسايرة لتلك . هو الذى أُملى القاعدة التى تقضى بأن القاضى المدنى يرتبط بالحكم الجنائى . لذلك لا تشترط فى تطبيق القاعدة لا وحدة الخصوم ولا وحدة الموضوع ولا وحدة السبب ، وإنما تشترط شروط ثلاثة أخرى . هى التى تنتقل الآن إليها .

٦٣٢- شروط القاعدة - الشرط الأول أنه يكون المطلوب تغييره هو

القضاء المدنى : فالقضاء الجنائى هو الذى يراد عدم الإخلال بحجيته المطلقة ، فلا يتقيد إلا بقضاء جنائى مثله يكون قد حاز قوة الشئ المقضى ، مع مراعاة الشروط المعروفة من وحدة فى الخصوم ووحدة فى الموضوع ووحدة فى السبب . والذى يتقيد بالقضاء الجنائى هو القضاء المدنى بمعناه الواسع ، فيشمل القضاء المدنى والقضاء التجارى ، بل والقضاء الإدارى .

٦٣٣- الشرط الثانى أنه يكون الحكم الذى يتغيره القاضى المدنى هو

حكم جنائى : ويمكن أن يكون الحكم الجنائى صادراً من أية جهة قضائية جنائية ، حتى لو كانت جهة استثنائية كالقضاء العسكرى . ولكن يجب أن يكون الحكم الجنائى صادراً فى الموضوع ، لا حكماً تحضرياً

== هو العلة فى تقرير حجية الحكم الجنائى فى الدعوى المدنية التعلق موضوعها به ، فإن جريمة الإقراض بالرأب لا تختلف فى هذا الصدد عن غيرها من الجرائم لتوافر هذه العلة فيها هى أيضاً - فالحكم الجنائى الصادر على المتهم فى جريمة الاعتداء على الإقراض بجرائم روية يكون ملزماً للقاضى المدنى فيما أثبتته خاصاً بعمر الفائدة التى حصل الإقراض بها ، لأن مقدار الفائدة عنصر أساسى فى هذه الجريمة ، وإذا أتيح للقاضى المدنى إعادة النظر فيه لجاز أن يؤدى ذلك إلى وجود التناقض بين الحكمين المدنى والجنائى فى أمر هو من مستلزمات الإدانة . وكذلك يكون ملزماً له فيما أثبتته عن وقائع الإقراض لتعلق هذه الوقائع أيضاً - مهما كان عددها - بالإدانة ، إذ القانون لم ينس على عدد المرات التى تكون الاعتداء ، الأمر الذى يستوجب أن تكون التهمة التى حصل العقاب عليها متضمنة جميع الأفعال الداخلة فى الجريمة حتى وقت المحاكمة (هش مدنى فى ٩ مايو سنة ١٩٤٠ بمجموعة عمر ٣ رقم ٥٨ ص ١٩٢ - وتطبيق الدكتور سليمان مرقص فى مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ١٩٦ - ص ١٩٨) .

وقضت كذلك بأنه إذا قضت المحكمة الجنائية ببراءة متهم بتزوير عقد ، نافية وقوع التزوير ، فهذا الحكم يحول بتاتا دون ضرر دعوى تزوير هذا العقد التى يرفعها بصفة فرعية من كان مدعياً بالحق المدنى فى وجه الشريك بالعقد الذى كان متهماً فى الدعوى الجنائية (هش مدنى فى ١٢ يناير سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٥٦ ص ٤٦٦) .

ولا حكماً تهديداً ولا أمراً متعلقاً بعمل من أعمال التحقيق الجنائي ولا قراراً صادراً من النيابة العامة (١). ويجب أن يكون حكماً نهائياً .

ويجب أيضاً أن يكون الحكم الجنائي سابقاً في صدوره على الحكم المدني الذي يراد تقييده . إذ لو كان الحكم المدني سابقاً ، واستقرت به حقوق الطرفين ، لم يجوز المساس به بسبب حكم جنائي يصدر بعده . ولا يعقل - كما نقول محكمة النقض - أن ينمى على حكم مخالفته حكماً لم يكن قائماً وقت صدوره (٢) .

والذي يقع كثيراً أن يكون الحكم الجنائي سابقاً في صدوره على الحكم المدني ، وذلك بفضل القاعدة التي تقضي بأن الدعوى الجنائية تقف من سير

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن قرار المفظ الذي تصدره النيابة العامة أيا كان سببه ، سواء لأنها قدرت أن وقوع الحادث لا يرد إلى خطأ مها كانت صوره أو لأن نية الخطأ إلى شخص بعينه غير صحيح أو لم يقم عليه دليل كاف - هذا القرار لا يجوز قوة الأمر القضي قبل الضرور بالحادث ، فلا يحول بينه وبين الدعوى المدنية يقيم فيها الدليل على الخطأ ونسبته إلى المدعى عليه فيها (قضى مدني في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ الطعن رقم ٣٤ سنة ١٨ قضائية) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الاحتجاج بالحكم الجنائي أمام القضاء المدني محله أن يكون الحكم الجنائي سابقاً على الحكم المدني لا لاحقاً له ، إذ بعد استقرار الحقوق بين الطرفين يحكم نهائي مدني لا يصح المساس بها بسبب حكم جنائي يصدر بعده . وعلى ذلك إذا فصل في نزاع من محكمة مدنية ، ثم أثير هذا النزاع أمام محكمة مدنية أخرى وأخذت هذه المحكمة بحكم المحكمة المدنية الأولى في حق من صدر بينهما الحكم ، فإنها لا تكون أخطاءً في تطبيق القانون ، ولو كان قد صدر بين المحكمين حكم جنائي مخالف للحكم الأول (قضى مدني في ٦ مارس سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٦٦ ص ٣٧٦ : كان الحكم الأول قد صدر نهائياً بين المشتري والبائع بصورة البيع بناء على ورقة ضد ادعى البائع صدورها من المشتري ، فادعى هذا تزويرها وقضى برفض دعواه . ثم لما قضت المحكمة الجنائية بإدانة التهم بتزوير ورقة الضد ، طعن المشتري في حكم المحكمة المدنية بالتماس إعادة النظر بناء على صدور الحكم الجنائي ، ولكن المحكمة المدنية قضت برفض التماس . وبعد الحكم الجنائي - ولكن قبل الحكم في التماس - باع المشتري العقار لآخر ، ورفع المشتري الثاني بعد الحكم في التماس دعواه على البائع بملكية البيع ، فقضى في هذه الدعوى المدنية الثانية برفضها بناء على الحكم الأول الصادر بصحة ورقة الضد) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن عمل التمسك بأن المحكمة المدنية تكون مفيدة بما قضى به الحكم الجنائي هو أن يكون هذا الحكم صادراً قبل الفصل في الدعوى المدنية لا بعد ذلك . فإذا كان الحكم في الدعوى المدنية قد صدر قبل الحكم الجنائي فلا عمل لذلك ، إذ لا يقل أن ينمى على حكم مخالفته حكماً لم يكن قائماً وقت صدوره (قضى مدني في ١١ يناير سنة ١٩٤٥ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٨٣ ص ٥٢٥)

الدعوى المدنية . فإذا رفعت الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية والدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية . وجب أن توقف الدعوى المدنية حتى يفصل نهائياً في الدعوى الجنائية . وبذلك يتحقق أن يكون الحكم الجنائي النهائي سابقاً في صدوره على الحكم المدني : ليقيد هذا به (١) . ذلك ما تقتضى به قاعدة وقف الدعوى المدنية . وهذه هي الحكمة المتوخاة منها . ويندر أن يسبق الحكم للمدنى الحكم الجنائي . ولا يتحقق هذا إلا إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية وفصل فيها نهائياً قبل رفع الدعوى الجنائية . وفي هذه الحالة لا يقيد الحكم المدني بالحكم الجنائي كما قد منا .

بقى أن تواجه فرضاً هو الذى يقع فى الغالب من الأحوال : أن ترفع لدعويان الجنائية والمدنية معاً أمام المحكمة الجنائية ، بأن يدخل المضرور مدعياً مدنياً فى الدعوى الجنائية . فى هذا الفرض يصدر حكم واحد فى الدعويين . فلا يتصور أن يسبق الحكم الجنائي الحكم المدني . وبذلك لا يكون هناك محل لتطبيق قاعدة تقييد الحكم المدني بالحكم الجنائي . والقاضي الجنائي الذى يصدر هذا الحكم الواحد يتقيد طبعاً بمراعاة التنسيق ما بين أجزائه ، وبهذا يتحقق الانسجام فعلاً ما بين الجزء الجنائي والجزء المدني . فإذا وقع أن تعارضاً . كان هذا سبباً للطعن بالنقض فى الحكم (٢) .

٦٣٤- الشرط الثالث أنه يكون ما يتقيد به القاضي المدني هو الوقائع

التي فصل فيها الحكم الجنائي وكانه فصل فيها ضرورياً . وهذا هو أدق الشروط

(١) ويجوز للخصم الذى يمسك بالحكم الجنائي ليقيد به القاضي المدني أن يقدم صورة منه ، بل يجوز للقاضي المدني من تلقاء نفسه أن يأمر بضم هذه الصورة حتى يعرف مدى الحكم الذي يجب عليه أن يقيد به ، لأن هذا يعتبر من النظام العام ، للقاضي أن يراعيه ولو لم تطلبه المحكوم .

(٢) فإذا صدر حكم واحد فى الدعويين الجنائية والمدنية ، واستؤثف الحكم فى شقه المدني دون الجنائي ، لم يجوز أن يقال إن الحكم الجنائي قد أصبح نهائياً وقد سبق الحكم المدني ، فيجب أن يقيد هذا بذلك . ذلك أن الاستئناف بعيد الفضية فى جميع نواحيها إلى ما كانت عليه فى الحدود التي استؤثف فيها الحكم ، ومنع الاستئناف من أن يصح الحكم نهائياً ، حتى فى الشق الذى لم يستأنف ، من حيث المصالح التي خللت عن طريق الاستئناف باقية فى المحصورة (مازرو ٢ نقرة ١٧٥٩) . فلحكمة الاستئناف إذن أن تلغى الحكم بالتعويض لمصلحة التهم الذى حكم القاضي الابتدائي بإدائته وأصلح الإدانة نهائية بعدم استئنافها ، كما لها أن تحكم بالتعويض على التهم التى حكم القاضي الابتدائي ببراءته وأدعت البراءة نهائية بعدم استئنافها .

الثلاثة . لذلك تكفل نص المادة ٤٠٦ بذكره . فالقاضي المدني يتقيد بما فصل فيه القاضي الجنائي من الوقائع دون القانون . ولا يتقيد بما فصل فيه القاضي الجنائي من هذه الوقائع إلا بما كان الفصل فيه ضرورياً لقيام الحكم الجنائي . فهذان أمران نتولى بحثهما .

(أولاً) يتقيد القاضي المدني بما فصل فيه القاضي الجنائي من الوقائع دون القانون . فلا يتقيد بالتكييف القانوني الذي اتبعه القاضي الجنائي لهذه الوقائع من الناحية الجنائية . مثل ذلك أن يحكم القاضي الجنائي ببراءة سائق السيارة من تهمة القتل خطأ لأن الوقائع التي أثبت لا يمكن تكييفها من الناحية الجنائية بأنها خطأ معاقب عليه . فلا يتقيد القاضي المدني بهذا التكييف الجنائي ، بل عليه أن يلتزم التكييف المدني وهو يختلف عن التكييف الأول ، فالخطأ المدني هنا مفروض في جانب السائق ، ويحكم القاضي المدني بتعويض على السائق الذي حكم القاضي الجنائي ببراءته (١) .

(ثانياً) ولا يتقيد القاضي المدني بما فصل فيه القاضي الجنائي من الوقائع إلا بما كان الفصل فيه ضرورياً لقيام الحكم الجنائي . فليس يتقيد القاضي المدني بجميع الوقائع التي عرض لها الحكم الجنائي وأثبتها ، بل هو لا يتقيد منها إلا بما كان ضرورياً للحكم الجنائي ، بحيث لو لم تثبت لانهدم الحكم الجنائي ولما أمكن أن يقوم . أما ما لم يكن ضرورياً من هذه الوقائع ، فلا يتقيد به القاضي المدني مهما أكدته القاضي الجنائي . ونستعرض الفرضين المحتملين في تطبيق هذه القاعدة الدقيقة : (١) أن يصدر حكم جنائي بالإدانة (٢) أو يصدر بالبراءة .

١ - حكم جنائي بالإدانة (٢) : إذا سكنت هذا الحكم عن ركن الضرر ولم

(١) أنظر في أن الحكم الجنائي بالبراءة لا يمنع من المسؤولية المدنية : نفس جنائي في ٢٤ يونيو سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٣٤ ص ٨١ - وفي ٥ ديسمبر سنة ١٩١٤ الضرائع ٢ رقم ١٠٩ ص ١١١ - وفي ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٢٢ ص ٨١٩ - وفي ٢٩ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٦٣ ص ١٠٩ - وفي ٧ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٥٣ ص ٢٨٥ .

(٢) حتى لو صدر عفو عن الجريمة أو عن العقوبة ، فإن العفو إنما يزيل الأثر الجنائي دون الأثر المدني .

بتعرض له لا بإثبات ولا بنفى ، كان القاضى المدنى حراً غير مقيد فى هذا الخصوص . فله أن يثبت فى حكمه المدنى وقوع الضرر أو عدم وقوعه . وإذا أثبت وقوعه فله أن يبين على من وقع . أما إذا عرض الحكم الجنائى لركن الضرر فأكثر وقوعه . لم بتقيد القاضى المدنى بهذا إلا إذا كان وقوع الضرر أو عدم وقوعه من شأنه أن يؤثر فى منطوق الحكم الجنائى . فإذا قال القاضى الجنائى فى حكمه إن ضرراً ما لم يقع على المجنى عليه . ولم يكن وقوع الضرر ركناً من أركان الجريمة . لم بتقيد القاضى المدنى بما قاله القاضى الجنائى . وله أن يثبت فى حكمه أن المجنى عليه قد أصابه ضرر ، إذ لا خوف من التعارض ما بين الحكمين الجنائى والمدنى . لأنه حتى لو أصيب المجنى عليه بضرر فإن الحكم الجنائى يبقى صحيحاً . وإذا حكم القاضى الجنائى بأن الضرر لم يقع . وبنى على ذلك أن الجريمة شروع لا فعل تام . بتقيد القاضى المدنى بالحكم الجنائى ولم يستطع أن يقول إن الضرر قد وقع . لأن هذا يتعارض مع الحكم الجنائى فى مسألة أو صح فيها الحكم المدنى لانهدم الحكم الجنائى وهو يقوم على أن الجريمة شروع لا فعل تام . يبقى أن يعرض الحكم الجنائى لركن الضرر فيثبت وقوعه . فإن كان وقوع الضرر غير مؤثر فى الحكم الجنائى ، كالحكم فى مخالفة من مخالقات المرور . لم بتقيد القاضى المدنى بالحكم الجنائى ، وله أن يثبت فى حكمه أن الضرر لم يقع . لأنه حتى لو صح هذا لم يهدم الحكم الجنائى . وإن كان وقوع الضرر مؤثراً فى الحكم الجنائى . كالحكم بالإدانة فى تهمة قتل ، تقيد القاضى المدنى بأن القتل قد وقع . ولا يستطيع أن يبنى فى حكمه هذه الواقعة . وإذا عين الحكم الجنائى الشخص الذى وقع عليه الضرر وكان هذا مؤثراً فى الحكم الجنائى . تقيد به القاضى المدنى ، كما إذا أثبت القاضى الجنائى أن السرقة وقعت على الزوج أو أن هتك العرض وقع على شخص تحت سيطرة المتهم . فلا يستطيع القاضى المدنى أن يثبت فى حكمه غير ذلك ، لأن الحكم الجنائى يتأثر بهذا التعارض . فإن كون المجنى عليه هو زوج المتهمة أعنى هذه من عقوبة السرقة . وكون المجنى عليها هى تحت سلطة المتهم شدد من عقوبة هتك العرض . وإذا عرض القاضى الجنائى للضرر من حيث طبيعته أو من حيث مقداره ، فإن هذا لا يؤثر عادة فى الحكم الجنائى ، فلا بتقيد به القاضى المدنى . أما إذا أثر . كأن أثبت القاضى الجنائى

أن الضرر هو عاهة مستديمة أو أثبت أن الجرح نشأ عنه عجز عن العمل مدة تزيد على عشرين يوماً . تقيد القاضي المدني بذلك . لأن العاهة المستديمة قلبت الجنحة إلى جناية . ولأن الجرح إذا أعجز عن العمل مدة تزيد على عشرين يوماً استوجب عقوبة أشد .

أما بالنسبة إلى ركن الخطأ . فإن الحكم الجنائي القاضي بالإدانة يكون قد عرض له حتماً وأثبت وجوده ، وإلا لما صدر حكم بالإدانة . فبتقيد القاضي المدني في حكمه بوجود الخطأ من الناحية المدنية . ذلك أن كل خطأ جنائي هو في الوقت ذاته خطأ مدني . ولا عكس (١) . وإذا كان قد يقع أن الخطأ الجنائي - وهو في الوقت ذاته خطأ مدني - كما قدمنا - لا يحدث ضرراً ، كجريمة التشرد وجرائم المرور والشروع في الجرائم . فلا تتحقق المسؤولية المدنية . فإن ذلك لا يرجع إلى أن الخطأ الجنائي ليس بخطأ مدني . بل يرجع إلى أن ركناً من أركان المسؤولية التقصيرية لم يقيم وهو ركن الضرر . كذلك يتقيد القاضي المدني بما أثبتته الحكم الجنائي من الخطأ . لا في ركنه المادي فحسب . بل أيضاً في ركنه المعنوي . فإذا قال الحكم الجنائي إن المتهم صدر منه خطأ هو مسئول عنه . لم يجز للقاضي المدني أن ينفي المسؤولية المدنية بدعوى الإكراه أو عدم التمييز أو نحو ذلك . أما بيان جسامه الخطأ في الحكم الجنائي فيقيد القاضي المدني أو لا يقيد وفقاً لما إذا كانت هذه الجسامه ضرورية لقيام الحكم الجنائي أو غير ضرورية . فإذا وصف الحكم الجنائي الخطأ بأنه عمد أو غير عمد ، فإن القاضي المدني يتقيد بهذا الوصف . لأن وصف الخطأ الجنائي بأنه عمد أو غير عمد من شأنه أن يؤثر في وصف الجريمة ذاتها . وإذا وصف الحكم الجنائي الخطأ بأنه جسيم أو يسير ، فإن هذا ليس من شأنه أن يؤثر في الحكم الجنائي وإن أثر في تقدير العقوبة . فلا يتقيد به القاضي المدني ، لأن الخطأ الجسيم من الناحية الجنائية ليس هو حتماً الخطأ الجسيم من الناحية المدنية .

أما ركن السببية ، فإن أثبت الحكم الجنائي أنه موجود أو غير موجود ، فكأنما أثبت أن الضرر قائم أو غير قائم . ويكون الأمر أمر حكم جنائي أثبت

(١) لذلك لا يتقيد القاضي المدني بالحكم الجنائي الذي ينفي الخطأ الجنائي - تنص بالبراءة ، إذ يجوز أن يكون هناك خطأ مدني دون أن يوجد خطأ جنائي ، وسيأتي ذكر ذلك .

قيام الضرر أو عدم قيامه . وقد مر بنا تفصيل ذلك . وإذا أثبت الحكم الجنائي أن هناك سبباً أجنبياً يبنى رابطة السببية . فكأنما أثبت أن الضرر غير قائم . ولكن إذا جعل الحكم الجنائي هذا السبب الأجنبي داعياً لتقسيم التعويض بين المسئول والمصاب والغير . وفقاً للقواعد التي مر ذكرها . لم يكن القاضي المدني مقيداً بهذا التقسيم ، إذ هو ليس ضرورياً لقيام الحكم الجنائي .

٢ - حكم جنائي بالبراءة : كذلك إذا صدر حكم جنائي ببراءة المتهم . فإن ما ورد في هذا الحكم مما يعد ضرورياً لقيامه بقيد القاضي المدني . ولا يتقيد هذا بما ورد في الحكم الجنائي إذا لم يكن ضرورياً . فإذا أثبت الحكم القاضي بالبراءة وجود الضرر وطبيعته ومداه ولكنه برأ المتهم . فإن ما ورد فيه عن وجود الضرر وعن طبيعته ومقداره لا يقيد القاضي المدني . إذ هو ليس ضرورياً لقيام الحكم الجنائي بالبراءة . وإذا أنكر الحكم الجنائي وقوع الضرر ، فليس هذا مؤثراً في قيامه . لأن الجريمة قد تتم دون أن يقع ضرر ، فلا يتقيد القاضي المدني بذلك . على أنه قد يكون وقوع الضرر ركناً من أركان الجريمة ، كجريمة القتل بإهمال أو الضرب الذي أفضى إلى الموت . فإذا أنكر الحكم الجنائي القاضي بالبراءة أن القتل قد وقع أو أن الضرب أفضى إلى الموت ، فإن هذا يقيد القاضي المدني .

وإذا أثبت الحكم الجنائي القاضي بالبراءة عدم وقوع الخطأ أو وقوعه ، في أحد ركنيه المادى أو المعنوى أو في ركنيه جميعاً ، فإن القاضي المدني يتقيد بما ورد من ذلك في الحكم الجنائي . فإذا قال هذا الحكم إن المتهم لم يرتكب الخطأ المنسوب إليه أو أن الخطأ وقع منه في ماديته ولكنه غير مسئول عنه لأنه عديم التمييز أو لأنه أكره عليه أو لأنه كان يدافع عن نفسه ، ففي كل هذه الأحوال يتقيد القاضي المدني بما أثبتته الحكم الجنائي ، ولا يستطيع أن يقول إن المتهم ارتكب الخطأ وهو مسئول عنه لأنه مميز أو لأنه لم يكره أو لأنه لم يكن في حالة دفاع شرعى (١) . ولكن ذلك لا يعنى أن القاضي المدني

(١) وكذلك إذا قضى الحكم الجنائي بالإدانة وقال إن التهم ارتكب الخطأ المنسوب إليه وإنه مسئول ، فلا يستطيع القاضي المدني أن يقول إنه لم يرتكب الخطأ أو إنه ارتكبه ولكنه غير مسئول عنه .

هنا وتختلف الحالة التي نحن فيها عما عن حالة ما إذا رفعت الدعوى الجنائية والمدنية معاً أمام المحكمة الجنائية ، وفي البراءة في الدعوى الجنائية وبرفض طلب التماس في الدعوى =

يتقيد بالتكييف الجنائي للوقائع التي أثبتتها الأحكام الجنائية . فتقد يرى القاضى الجنائى أن المتهم غير مدان لأنه لم يثبت فى جانبه خطأ جنائى يجعله مسئولاً عن القتل بإحمال وهى الجريمة التى نسبت إليه . ولكن القاضى المدنى قد يحكم مع ذلك على المتهم بالتعويض لأنه مسئول عن خطأ مدنى مفروض فى جانبه (١).

== المدنية ، واستؤنف المحكم المدنى دون المحكم الجنائى . فقد قدمنا (أنظر آخراً فقرة ٦٣٣ فى الهامش) أنه لا يجوز أن يقال إن المحكم الجنائى قد أصبح نهائياً وقد سبق المحكم المدنى فيجب أن يتقيد هذا بذلك . فالمحكم المدنى فى هذه الحالة قد يقضى بالتعويض مع قيام حكم البراءة . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا رفع المدعى المدنى دعواه مباشرة ضد المتهم لقتله إياه علناً ، طالباً عقابه والمحكم عليه بتعويض ، ثم قضت المحكمة براءة المتهم ورفض دعوى التعويض ، فاستأنف المدعى ولم تستأنف النيابة ، فأيد المحكم استئنافاً ، فطعن بطريق النقض ، فنقض الحكم ، ثم أعيدت المحاكمة ، ف قضى على المتهم بالتعويض عملاً بالمادتين ١٥٠ و ١٥١ من القانون المدنى (القديم) ، فلا يصح على المتهم أن ينعى على المحكمة أنها فى حكمها قد تعرضت لإثبات واقعة القذف ولا أنها أقامت التعويض على تبتك المادتين المذكورتين ، وذلك (أولاً) لأن المحكمة لها بل عليها أن تعرض لإثبات تلك الواقعة ما دامت تفصل فى طلب التعويض عن الضرر المدعى حصوله منها ، ولا يمكن أن يحول دون ذلك عدم إمكان المحكم لأى سبب من الأسباب بالقوبة على المتهم ما دامت الدعوى المدنية والجنائية كانتا مرفوعتين معاً أمام المحكم الجنائية ، وما دام المدعى بالحق المدنى قد استمر فى السير فى دعواه المدنية ، مما لا يصح معه القول بأن المحكم فى الدعوى الجنائية بسبب عدم الطعن فيه من النيابة العمومية قد حاز قوة الشيء المحكوم فيه بالنسبة إليه) ، (وثانياً) لأن أساس التعويض عن كل فعل ضار هو المادتان ١٥٠ و ١٥١ مدنى (قديم) ولو كان الفعل الضار يكون جريمة بمقتضى قانون العقوبات (نقض جنائى فى ١٦ أبريل سنة ١٩٤٥ المجامعة ٢٧ رقم ٢١٣ من ٥١٦).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اتهم شخص بأنه أجرى إنشاء سور خشى خارج عن خط التنظيم وداخل فى الملك العام ، وقضت المحكمة براءته قائلة إنه لم يثبت لها من محضر المخالفة ولا من جواب البلدية أن الأرض موضوع المخالفة قد صار تزرع ملكيتها فلاحياً يمكن أن تعتبر من المنافع العامة وأن المتهم قدم صورة عقد ملكية مسجل الخ ، وأنه إذا كان الركن الأساسى للجريمة فى تلك المخالفة هو كون السور خارجاً عن خط التنظيم وداخل فى الملك العام ، ولم يثبت للمحكمة أن الأرض التى أقيم فيها السور من المنافع انماة فيكون ركن الجريمة هذا غير متحقق ويتعين إذن تبرئة المتهم من المخالفة دون حاجة إلى الفصل فى مسألة ملكية شخص معين مآلات لتلك الأرض — إذا كان ذلك كذلك فإن كل ما ينفذه حكم البراءة هذا ويصح الاحتجاج به فى صدده إنما هو أن الأرض موضوع النزاع لم تكن فى يوم المخالفة من المنافع العامة . وإذن فإذا ما طرح النزاع فى شأن ملكية هذه الأرض بعد ذلك على المحكمة المدنية ، وحكمت بالملكية لغير المخالف المحكوم ببراءته ، فإنه لا يمكن القول بأن حكمها هذا يكون منافساً لحكم البراءة فى المخالفة (نقض مدنى فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٠ من ٥١٣).

وإذا أثبت الحكم الجنائي القاضي بالبراءة وجود السببية أو انعدامها .
فكأنما أثبت قيام الضرر أو عدم قيامه ، فتنتج الأحكام التي قدمناها في هذه
المسألة . وكذلك إذا أثبت الحكم الجنائي وجود سبب أجنبي بين السببية فكأنما
أثبت عدم قيام الضرر . ولكن إذا أثبت أن السبب الأجنبي من شأنه أن
يفهم التعويض ما بين المسئول والمصاب والغير . فهذا التقسيم ، وهو غير
صروري لقيام الحكم الجنائي . لا يقيد انقاضي المادى .

المطلب الرابع

الحكم الصادر فى دعوى المسئولية

وطرق الطعن فيه (وبخاصة طريق الطعن بالنقض)

٦٣٥- مسأله : بعد أن حددنا طرق الخصومة فى دعوى المسئولية ،
والطلبات التى يتقدم بها المدعى والدفع الذى يرد بها المدعى عليه الدعوى ،
وكيف تثبت هذه الطلبات والدفع : بقى أن نتكلم فى الحكم الذى يصدر فى

= وقض محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم الجنائي الصادر بترئة التهم بإخفاء أشياء
مسروقة لا يمنع من الحكم عليه بتعويض العجى عليه فى جريمة السرقة ، إذا كان الخفى قد
رأسكب فى القليل إعمالاً بقوله بضاعة من شخص لا يتجر فى مثلها دون أن يستعلم منه عن
مصدر هذه البضاعة (استئناف مختلط فى ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ : س ١٥٦ - أنظر
أيضاً فى أن الحكم الجنائي بالبراءة لا يقيد القضاء المدنى فى الحكم بالتعويض : استئناف مختلط
فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ س ٣٦٧ - وفى ٩ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ س ٢٢٩) .
هنا وإذا تماثل الخطأ الجنائي والخطأ المدنى ، كانت ترئة التهم من الخطأ الجنائي مانعة من
الحكم عليه بالتعويض . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضى الحكم الجنائي براءة مالك العقار
الذى كان متهماً بأنه مع علمه بوجود خلل فى السكون لم يرعه وتسبب بذلك فى إصابة أحد
السكان ، وكان سبب البراءة هو عدم وقوع خطأ من جانبه إذ هو كان قد قام بإصلاح
السكون فعلاً ، فإن هذا الحكم يمنع القاضي المدنى من أن يستمع إلى الادعاء بوقوع الخطأ
الذى قضى باتفائه (قض مدنى فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣ س ٢٥ -
وبلاحظ أن الحكم الجنائي هنا إذا منع الحكم بالتعويض عن خطأ كان لابد من إثباته فى جانب
مالك البناء وفقاً للقانون المدنى القديم ، فإنه لا يمنع الحكم بالتعويض عن خطأ مفروض فى جانب
مالك البناء وفقاً للعامة ١٧٧ من القانون المدنى الجديد) .

أنظر فى هذا الموضوع تطبيق الدكتور سايهان مرقص فى مجلة القانون والاقتصاد ١٥ س

الدعوى لنرى : (١) ما هي طرق الطعن التي توجه إليه (٢) وما هي الآثار التي تترتب عليه .

١٤ - طرق الطعن في الحكم الصادر في دعوى المسؤولية

٦٣٦- طرق الطعن بوجه عام : لا يختلف الحكم الصادر في دعوى

لمسؤولية عن سائر الأحكام من حيث طرق الطعن فيه . فهو إذا صدر غيابياً يقبل الطعن فيه بطريق المعارضة . وإذا صدر من محكمة الدرجة الأولى يقبل الطعن فيه بطريق الاستئناف .

أما طرق الطعن غير العادية فهي النقض والتماس إعادة النظر ومعارضة الشخص الذي يتعدى إليه الحكم ولا كلام في الطريقتين الأخيرتين ، إذ تطبق في شأنهما الأحكام المعروفة في قانون المرافعات .

٦٣٧- الطعن بطريق النقض : وكذلك الطعن بطريق النقض ، فإنه

هو أيضاً تتبع في شأنه أحكامه المعروفة . ومن هذه الأحكام أنه لا يجوز لأول مرة أمام محكمة النقض أن تقدم لا طلبات جديدة (demandes nouvelles) ولا وسائل جديدة (moyens nouveaux) ، بخلاف محكمة الاستئناف فيجوز أن تقدم إليها الوسائل الجديدة دون الطلبات . ومن ثم لا يجوز الاستناد لأول مرة أمام محكمة النقض على الخطأ التقصيري المفترض أو الخطأ العقدي . إذا كان المدعى قد استند أمام محكمة الموضوع على الخطأ التقصيري الثابت . ويجوز ذلك أمام محكمة الاستئناف ، على خلاف في الرأي يبناد فيما تقدم (١) .

بقى أن نجد هنا - وكما قد أشرنا إلى ذلك في أماكن متفرقة - ما هو الواقع الذي لا يجوز لمحكمة النقض أن تعتب عليه وما هو القانون الذي يخضع لرقابتها في شأن أركان المسؤولية الثلاثة : الخطأ والضرر والسببية .

١ - الخطأ : لا يخضع لرقابة محكمة النقض ما تسجله محكمة الموضوع من الوقائع المادية التي يقدمها المدعى لإثبات ركن الخطأ . وما صح منها وقوعه وما لم يصح . أما التكييف القانوني لما صح وقوعه عند محكمة الموضوع ،

وهل هذه الوقائع يصح أن توصف بأنها خطأ (١) . وهل هذا الخطأ تقصيرى أو عقدى ، وإذا كان تقصيرياً هل هو عمد أو جسيم أو يسير ، وهل يمكن أن يكون مفترضاً أو يجب إثباته ، وهل إذا كان مفترضاً يجوز إثبات العكس أو لا يجوز ، كل هذه مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض . كذلك تعتبر مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض ما إذا كان الركن المعنوى متوافراً فى الخطأ ، وهل انعدام التمييز من شأنه ألا يجعل الخطأ قائماً ، وهل قامت أسباب من شأنها أن تعدم المأطاً كالدفاع الشرعى وتنفيذ أمر الرئيس وقيام حالة الضرورة . ومتى يكون الشخص المعنوى مسئولاً عن الخطأ ، وفى أى الأحوال يوجد التعسف فى استعمال الحق . ويمكن القول بوجه عام إن جميع مسائل الخطأ تخضع لرقابة محكمة النقض إلا ما تسجله محكمة الموضوع

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن تكليف وقائع التفسير التابعة بأنها خطأ يخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ بمجموعة عمر ٢ رقم ٧٧ ص ٢١٤) . وقضت أيضاً بأن تحقيق حصول الفعل أو الترك أو عدم حصوله هو من الأمور الواقعية التى تدخل فى سلطة قاضى الموضوع ولا معقب لتقديره . أما ارتباط الفعل أو الترك بالضرر الناشئ عن ارتباط السبب بالسبب والمعلول بالعللة ، وكذلك وصف ذلك الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ ، فهما كلامهما من المسائل القانونية التى يخضع فى حلها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض . فإذا قضى حكم على وزارة الداخلية بالتعويض لورثة شخص سقطت عليه مثذنة جامع فقتله ، مستنداً إلى وقوع خطأ من جانب أحد الأقسام فى تنفيذ إشارة مهندس التنظيم المتبعة لهذا القسم لمنع المرور أمام ذلك الجامع خشية من سقوط مثذنته لوجود خلل بها ، إذ القسم لم يفتق الحوائط المقابلة للمسجد ولم يمنع المرور من الشارع منعاً كلياً ، وكانت إشارة المهندس غير مطلوب فيها إغلاق الحوائط ولا منصوص فيها على منع المرور من الشارع منعاً كلياً ، وثبت أن البوليس قام بتنفيذ ما طلب منه فى حدود نص الإشارة وفى حدود اللقول ، فالقضاء بالتعويض استناداً إلى وقوع خطأ من البوليس مخالف للقانون (نقض مدنى فى ١١ يناير سنة ١٩٣٤ بمجموعة عمر ١ رقم ١٥٨ ص ٣٠٠) . ونلاحظ أنه إذا كان لمحكمة النقض أن تراقب محكمة الموضوع فى تكليفها الأعمال الصادرة من المدعى عليها بأنها خطأ ، فهى فى ذلك تلتزم تطبيق معيار الخطأ . وإذا صح أن البوليس لم يخطئ ، إذ قام بتنفيذ ما طلب منه فى حدود نص الإشارة وفى حدود المفعول ، أى أنه لم يتصرف عن السلوك المألوف للشخص العادى فى الظروف الخارجية التى وجد فيها ، مهندس التنظيم قد أخطأ بعدم النص فى الإشارة على اتخاذ جميع التدابير اللازمة الوقائية من خطر سقوط المثذنة ، فالتصرف بذلك عن السلوك المألوف للشخص العادى ، وتكون الحكومة على كل حال مسئولة عن خطأ مهندس التنظيم .

من الوقائع المادية في هذا الشأن (١) .

٢ - الضرر : ولا رقابة لمحكمة النقض فيما تقرره محكمة الموضوع من وقائع مادية في شأن الضرر . فإذا قررت أن المدعى قد كسر له ضلع أو أن سيارته قد تلفت أو أن منزله قد حرق ، فلا تعقيب لمحكمة النقض على صحة هذه الوقائع في ذاتها (٢) . أما تكييفها القانوني . وهل تكني لتكوين ركن الضرر ،

(١) ويجب أن نستخلص المحكمة الخطأ من وقائع ثابتة منتجة تذكرها في الحكم ، وإلا كان حكمها باطلاً لقصور أسبابه . وقد قضت محكمة النقض بأنه يجب على المحكمة عند القضاء بتعويض يدعى ترتيبه على إجراءات كيدية ضارة أن تثبت في حكمها أركان الخطأ المتوجب للتعويض تطبيقاً للمادة ١٥١ من القانون المدني (القديم) ، وإلا كان حكمها باطلاً لقصور أسبابه (نقض مدني في ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٦ من ١١١٩) . وقضت أيضاً بأنه متى أثبت الحكم الأفعال التي صدرت من شخص ما (فرداً كان أو شخصاً معنوياً) واعتبرها متصلة بعضها ببعض اتصال الأسباب بالنتائج ، ثم وصف هذه الأفعال بأنها أعمال خاطئة قد ألحقت ضرراً بشخص ما ، واعتبر من صدرت منه تلك الأفعال مشمولاً عن الضرر الذي نشأ عنها ، فلا مخالفة في ذلك للقانون . وإذن فإذا حمل الحكم مصلحة الآثار مسؤولية خطأها في سببها من متجر بالآثار رخصته ، وما ترتب على هذا السبب من اعتباره متجراً بغير رخصة ، وتحرير محضر مخالفة له ، ومهاجرة منزله ، وإزالة اللوحة المعلقة على محل تجارته الخ . وقضى له بناء على ذلك بتعويض عما لحقه من الأضرار ، ففضاؤه بذلك صحيح قانوناً (نقض مدني في ٩ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٥ من ١٠٩١) وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) . وقضت كذلك بأنه إذا اتحل الحكم للعائدات الضار سبباً تفصيلاً لا يمكن استخلاصه عقلاً من عناصر التحقيق التي كانت أمام المحكمة ، فيتعين قفصه (نقض مدني في ٧ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٥ من ٦٣٠) ثم وقد جاء في أسباب الحكم ما يأتي : وحيث إن قول الحكم المطعون فيه إن الفعل الضار في هذه الدعوى هو انفلات سير البرصة في آلة تجارية عن موضعه بحركة عنيفة فجائية ، وأن هذا الانفلات العنيف الفجائي لا يكون إلا إذا كانت الآلة مختلة وكان السبب في اختلالها تقصير صاحبها في صيانتها هو قول لا مصدر له في محضر ضبط الواقعة ، إذ لم يرد به في أي موضع منه أن السبر انفلت أصلاً بمنف أو بغير عنف ، وأن علة انفلاته هي الخلل ، بل الذي جاء به لا يمكن أن يستخلص العقل منه ما استخلصه الحكم المطعون فيه ... وأقصى ما يصح استنتاجه عقلاً ... أن سير الغريال لم يكن في موضعه الطبيعي ، وأن التوقي حاول رده إلى موضعه ، فصعد السلم بغير أن يوقف الآلات ، فأصيب ... كل ذلك جاء دالاً على ألا انفلات لسير البرصة ولا محل للظن بأن هناك اختلالاً ، ولا أن علة هذا الانفلات هي الخلل في الآلات — ونرى محكمة النقض في هذا الحكم تشدد كثيراً في استخلاص الخطأ من الوقائع الثابتة) .

(٢) ولكن يجب أن يذكر الحكم ما هو الضرر الذي أصاب المدعى ، وإلا اعتبر التقييم فاصراً . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضى الحكم بتعويض على شخص لعدم تقديمه عقد =

وهل هذا الضرر محقق أو محتمل ، وهل هو ضرر مباشر أو غير مباشر ، وما هو الضرر الأدبي ، وهل يجب تعويضه ، كل هذه من مسائل القانون . وتقدير الضرر ، وتعيين طريقة تعويضه . وتحديد المبلغ اللازم للتعويض إذا كان التعويض نقداً ، كل هذه من مسائل الواقع لا تعقيب عليها من محكمة النقض . ولكن تقسيم التعويض بالنسبة إلى التي يوجبها القانون على المسئول والمضروب والغير مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض (١) .

٣ - السببية : ولا معقب على محكمة الموضوع فيما تسجله من الوقائع التي

= إجابة مودعا لديه إلى شريكه في الإجارة ، دون أن يبين وجه الضرر الذي لحق بالمحكوم له بالتعويض ، مع أن المحكوم عليه لم يلق أى ضرر به ، اعتبر هذا الحكم غير مسبب فيما أوجبه من التعويض وتعين قصه (تقضى مدنى في ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٨٥ ص ١٥٨) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن تقدير التعويض عن الضرر أمر متروك لرأى محكمة الموضوع ، فهي إذ تقدر تعويض الضرر المترتب على دفاع كيدى ، وتبين كيفية تقديرها له ، لا تخضع لرقابة محكمة النقض ، ما دامت قد اعتمدت في ذلك على أساس معقول (تقضى مدنى في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٢ ص ٢٨) . وقضت بأن إثبات حصول الضرر أو نفيه من الأمور الواقعية التي تقدرها محكمة الموضوع ، فإذا رأت محكمة الاستئناف أن ما وقع من التمهيد بتوريد الأغذية لأحد اللاجئين هو «أمر خطير فيه تريض لصحة اللاجئين فضلاً عما فيه من إفساد للمستخدمين الموكول إليهم حمايتهم والحفاظة على سلامتهم» ، ثم رأت أن التعويض المتروك في عقد التوريد عن هذا الفعل متناسب وغير جائر ، لحسكت بالإلزام التمهيد به ، فلا معقب على حكمها لمحكمة النقض (تقضى مدنى في ٧ مارس سنة ١٩٤٠ بمجموعة عمر ٣ رقم ٤١ ص ١٢٣) . وقضت أيضاً بأنه متى كانت المحكمة قد قدرت التعويض على أساس ما أثبتته على المحكوم عليه من الخطأ في عدوله عن الصفقة التي كان الزاد فيها قد رسا عليه ، وما أثبتته على المحكوم له ذاته من تباطؤ وتراخ في إبلاغ رسو الزاد في الوقت المناسب إلى الراسي عليه ، وما كانت عليه الأسعار من تقلبات في الفترة ما بين الزاد الأول والمزاد الثاني الذي كان طلب التعويض على أساس نقص الثمن فيه ، فإنها تكون قد بينت أساس التعويض المقضى به ، وهذا يكفي لسلامة الحكم . أما قيمة التعويض فتروك لسلطة المحكمة تقدرها على وفق ما تراه (تقضى مدنى في ٤ يونية سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٧٠ ص ٤٧٣) . وقضت كذلك بأن التعويض يقدر بقدر الضرر ، ولئن كان هذا التقدير من المسائل الواقعية التي يستغل بها قاضى الموضوع ، فإن تعيين العناصر المكونة قانوناً للضرر والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض من المسائل القانونية التي تهيمن عليها محكمة النقض ، لأن هذا التبين من قبيل التكييف القانونى للواقع (تقضى مدنى في ١٧ أبريل سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٨٥ ص ٣٩٨) .

يستفاد منها قيام علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر (١) . أما تكييف هذه الوقائع من الناحية القانونية ، وهل هي كدنية لإحداث علاقة السببية ، وما هو السبب الأجنبي الذي تتلقى معه هذه العلاقة ، وما هي الشروط الواجب توافرها في القوة القاهرة والحادث المفاجئ ، وهل هناك فرق ما بين السببين ، وما الأثر الذي يترتب على فعل المضرور وفعل الغير في تحديد مسؤولية المدعى عليه . وما الحكم إذا تعددت الأسباب . وماذا يترتب على تعاقب الأضرار ، فكل هذه مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض .

خلاصة ما تقدم : ويمكن القول بوجه عام إن ما تسجد محكمة الموضوع من وقائع مادية في شأن الأركان الثلاثة للمسؤولية ، من خطأ وضرر وسببية . لا تعقب عليه محكمة النقض . أما التكييف القانوني لهذه الوقائع ، ويدخل في ذلك ما يجب توافره من شروط وما يترتب من أثر ، فذلك يدخل في المسائل القانونية التي تخضع لرقابة المحكمة العليا .

٢٥- الآثار التي تترتب على الحكم الصادر في دعوى المسؤولية

٦٣٨- الحكم ليس هو مصدر الحق في التعويض - نشوء الحق في

التعويض من وقوع الضرر : مصدر الحق في التعويض ليس هو الحكم الصادر في دعوى المسؤولية . فالحكم ليس إلا مترراً لهذا الحق . لا منشأ له . وحق المضرور في التعويض إنما نشأ من العمل غير المشروع الذي أتاه المسئول . فترتب في ذمته الالتزام بالتعويض من وقت قيام أركان مسؤولية الثلاثة ، وإذا أردنا التحديد فمن وقت وقوع الضرر . لا من وقت ارتكاب الخطأ ، فإن الضرر إذا تراخى عن الخطأ لم تتوافر أركان المسؤولية إلا بوقوعه . ومن هذا الوقت لا قبله بتحقيق المسؤولية في ذمة المسئول ويترتب حق المضرور في التعويض (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القول بقيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر هو من المسائل المتعلقة بالوقائع . فلا يخضع قاضي الموضوع في فهمه له لرقابة محكمة النقض ، إلا أن يشوب تسيبه عرب (نقض مدني في ١١ مارس سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٧ من ٥٦٥) .

(٢) أنظر في هذا المعنى : استئناف مخطوط في ١٠ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ من ٢٤٦ =

ونشوء الحق في التعويض وقت وقوع الضرر لا وقت صدور الحكم له أهمية عملية من وجوه كثيرة، نذكر منها الوجوه الآتية :

أولاً - يجوز للمضرور أن يتصرف في حقه ، أو أن يتصرف بمقتضى هذا الحق ، من وقت وقوع الضرر . ولا حاجة به إلى انتظار الحكم . فانه من وقت وقوع الضرر أن يحول حقه إلى الغير . وأن يوقع حجزاً تحت يد مدين المسئول ، ولو أفلس المسئول حتى قبل صدور الحكم دخل المضرور في التسليسة ، وإذا كان المسئول مؤمناً على مسؤوليته كان للمضرور حق الرجوع على شركة التأمين حتى لو جد ما بين وقوع الضرر وصدر الحكم ما يستوجب سقوط الحق في التأمين .

ثانياً - يسرى التقادم في دعوى المسؤولية ، لا من وقت صدور الحكم ، بل من وقت وقوع الضرر أو من وقت العلم بالضرر وبالمسئول عنه عن التفصيل الذي قدمناه .

ثالثاً - للمضرور . إلى جانب التعويض الأصلي ، تعويض عن التأخير يسرى من وقت وقوع الضرر . ولا يتوقف هذا الحق على الإعذار لأن الإعذار لا ضرورة له إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع . ولا يتوقف على صدور الحكم لأن الحق في التعويض الأصلي قد نشأ من وقت وقوع الضرر . ولكن لما كان التعويض الأصلي قبل صدور الحكم غير معلوم المقدار . فهناك رأى يذهب إلى أنه لا يمكن تطبيق أحكام الفوائد القانونية . فإن تطبيق هذه الأحكام يقتضي أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت الطلب . فلم يبق إذن إلا تطبيق القواعد العامة . وهذه تقضى بأن القاضى لا يحكم بتعويض عن التأخير إلا إذا طلب المضرور ذلك وأثبت الضرر

= وفي ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ س ١٥٨ . ونقض محكمة القسم العرنية بترتيب الحق في التعويض من وقت الحكم (أنظر في هذا القضاء وفي هذه مازو ٣ فقرة ٢٢٥٣ - فقرة ٢٢٦٠ - وأنظر في هذا المعنى أيضاً من أن الحق في التعويض لا ينشأ إلا من وقت الحكم التهاى محكمة الاستئناف الوطنية في ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٠٧ ص ٢٠٦).

هذا وقد ينشأ الحق في التعويض قبل وقوع الضرر ، وذلك في حالة ما إذا كان هذا الضرر سبقاً ولكنه محقق . فقد رأينا فيما قدمناه أن الحق في التعويض ينشأ منذ وقوع الخطأ عن ضرر مستقبل محقق الوقوع .

الذى أصابه من التأخير. ومهما يكن من أمر فإن ذلك يقع في الغالب أن القاضي يقدر مبلغاً من النقود تعويضاً عن الضرر. ويدخل في تقديره النوعان من الضرر: الضرر الأصلي الناشئ عن خطأ المسؤول. والضرر الناشئ عن التأخير في دفع التعويض إلى يوم النطق بالحكم. فيجمع التعويض في مبلغ واحد (١).

٦٣٩- الحكم بقوم الحق في التعويض بقبوله : وإذا كان الحكم

لبس هو مصدر الحق في التعويض، إلا أن له منذ صدوره أثراً عسوساً في هذا الحق. فقد كان الحق قبل صدور الحكم حقاً غير مقوم. فأصبح بالحكم مقوماً. ويغلب أن يقدر بمبلغ معين من النقود.

ولا يقتصر الحكم على تقويم الحق. بل هو أيضاً بقبوله من الوجوه الآتية: (١) يصبح الحق غير قابل للمقوضة بالتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم. فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨٥ من القانون المدني الجديد على أنه «إذا حكم بالدين وحل الحكم قوة الأمر المقضي... كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة». (٢) يجوز للمضروور. وقد أصبح بينه حكم واجب التنفيذ. أن يحصل على حق اختصاص بعقارات دينية ضمناً لأصل الدين والفوائد والمضروورات. (٣) يكون الحق في التعويض بعد صدور الحكم النهائي قابلاً للتنفيذ به على أموال المدين.

(١) استئناف محتفظ في ٢٥ يولية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٤ - وفي ٧ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩١ - وفي ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٢ - قانون استئناف محتفظ في ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٧٣.

هذا ويبقى بعد ذلك التعويض عن التأخير منذ صدور الحكم، وبحق للمضروور أن يطالب بدعوى جديدة، فيقضى له بالمر القانوني لفوائد من وقت رفع الدعوى الجديدة وفقاً للقواعد العامة. وقد يطلب المضروور في الدعوى الأصلية الحكم بفوائد مبلغ التعويض الأصلي، ويخفى له بالمر القانوني لفوائد من وقت صدور الحكم في الدعوى الأصلية. ومن ثم لا يحتاج إلى رفع دعوى جديدة بفوائد التأخير.

المبحث الثاني

جزاء المسؤولية (*)

(التعويض)

٦٤٠- صورته للتعويض : جزاء المسؤولية هو التعويض ، وهذا الجزاء إما أن يقوم في صورته العادية المألوفة ، وإما أن تعتوره ملازمات وأوصاف فتخرجه إلى صورة معدلة .
ونستعرض كلا من هاتين الصورتين .

المطلب الأول

التعويض في صورته العادية المألوفة

٦٤١- طريقة التعويض وكيفية تقريره : نبهت أمرين : (١) كيف يعين القاضي طريقة التعويض (mode de réparation) (٢) وكيف يقدر القاضي مدى التعويض (évaluation des dommages-intérêts) .

١ § - طريقة التعويض

٦٤٢ - النصوص القانونية : تنص المادة ١٧١ من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

(*) بعض المراجع : لبيين ريبير (Lucienne Ripert) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ - ديوبا (Dubois) رسالة من ليون سنة ١٩٣٥ - كوليار (Colliard) رسالة من إكس سنة ١٩٣٨ - جيفورد (Givord) رسالة من جرينوبل سنة ١٩٣٨ - الموجز للمؤلف
فقرة ٣٣١ - فقرة ٣٣٢ - الأستاذ مصطفى مرعي بك في المسؤولية المدنية فقرة ٣٣٣ -
فقرة ٣٤٦ وفقرة ٤٠٧ - فقرة ٣٦١ - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بك فقرة ٣٤٥ - فقرة ٣٥٠ وفقرة ٤٧٠ - فقرة ٤٧٤ - الدكتور سليمان مرقص في الفعل
الضار فقرة ٥٥ - فقرة ٧٠ .

١ - يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض مقسماً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمناً .

٢ - ويقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضي ، تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٣٩ من المشروع التهدي على الوجه الآتي :

١ - يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض إيراداً مرتباً ، ويجوز في هذه الحالة إلزام المدين بأن يقدم تأمناً . ٢ - ويقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضي ، تبعاً للظروف ، وبناء على طلب المصاب ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر معين وذلك على سبيل التعويض . وفي لجنة المراجعة عدلت الفقرة الأولى في الجزء الأخير منها على الوجه الآتي : « ويصح أن يكون التعويض مقسماً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً . ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأمناً ، واستبدلت كلمة « المضرور » بكلمة « المصاب » في الفقرة الثانية . وأصبح رقم المادة ١٧٥ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أضيفت إلى الفقرة الثانية عبارة « متصل بالعمل غير المشروع » للحد من إطلاق العبارة الأخوية مادام التطبيق العملي لهذا النص هو نشر الحكم أو الاعتذار من واقعة — مثلاً ، فيكون نطاق الحكم واضحاً غير محمل . وأصبح رقم المادة ١٧١ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٥ — ص ٣٩٨) .

وقد جاء في المذكورة الإيضاحية للمشروع التهدي في صدد هذا النص ما يأتي : ١٤ - ليست للمسئولية التقصيرية بوجه عام سوى جزاء للخروج على التزام يفرضه القانون : هو التزام عدم الإضرار بالغير دون سبب مشروع . وإذا كان التنفيذ المعنى هو الأصل في المسئولية التعاقدية ، فقل النقيض من ذلك لا يكون لهذا الضرب من التنفيذ — وهو يقتضي إعادة الحال إلى ما كانت عليه كهدم حائط بني بغير حق أو بالنصف في استعمال حق — إلا مثالة الاستثناء في نطاق المسئولية التقصيرية . ٢ - « والتنفيذ بمقابل أي من طريق التعويض المالي هو القاعدة السامة في المسئولية التقصيرية . والأصل في التعويض أن يكون مبلغاً من المال . ومع ذلك يجوز أن تختلف صورته ، فيكون مثلاً إيراداً مرتباً يمنح لمامل تقعده حادثة من حوادث العمل عن القيام بأوده ، ويجوز للقاضي في هذه الحالة أن يلزم المدين بأن يقدم تأمناً أو أن يودع مبلغاً كافياً لضمان الوفاء بالإيراد المحكوم به . وينبغي التمييز بين التعويض من طريق ترتيب الإرادتين تقدير تعويض موقوف مع احتمال زيادته فيما بعد بتقدير تعويض إضافي (أنظر المادة ٢٣٧ من المشروع) . هذا ويسوغ للقاضي فضلاً عما تقدم أن يحكم في أحوال استثنائية بأداء أمر معين على سبيل التعويض ، فأمر مثلاً بنشر الحكم بطريق التصق على نقعة المحكوم عليه (أو يكفئ بأن ينوء في الحكم بأن ما وقع من المحكوم عليه يعتبر اقترافاً أو سباً : المادة ١٤٠٩ من القانون =

ويتبين من هذا النص أن الأصل في التعويض أن يكون تعويضاً نقدياً .
ذلك أن التعويض (réparation) بمعنى الواسع إما أن يكون تعويضاً عينياً وهذا هو التنفيذ العيني (exécution en nature) وإما أن يكون تعويضاً بمقابل (réparation par équivalent) والتعويض بمقابل إما أن يكون تعويضاً غير نقدي (réparation non-pécuniaire) أو تعويضاً نقدياً (réparation pécuniaire)

٦٤٣- التنفيذ العيني: التعويض العيني أو التنفيذ العيني هو الوفاء بالالتزام عينياً . ويقع هذا كثيراً في الالتزامات العقدية (١) . أما في المسؤولية التقصيرية فيمكن كذلك في قليل من الفروض أن يجبر المدين على التنفيذ العيني . ذلك أن المدين في المسؤولية التقصيرية قد أحل بالالتزام القانوني من عديم الإضرار بالغير دون حق . وقد يتخذ الإخلال بهذا الالتزام صورة القيام بعمل تمكن إزالته ومحو أثره . كما إذا بنى شخص حائطاً في ملكه ليسد على جاره الضوء والهواء تعسفاً منه ، ففي هذه الحالة يكون الباني مسئولاً مسؤولية تقصيرية نحو الجار بتعويض ما أحدثه من الضرر ، ويجوز هنا أن يكون التعويض عينياً بهدم الحائط على حساب الباني ، أو عن طريق التهديد المالي . وهذا ما قصد إليه القانون المدني الجديد عند ما ينص في الفقرة الثانية من المادة ١٧١ على أنه « يجوز للقاضي ، تبعاً للظروف ، وبناء على طلب المضرور ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه » .

(= المولندي) لتعويض المذدوف في حقه عن الضرر الأدبي الذي أصابه . وغنى عن البيان أن مثل هذا التعويض لا هو بالعيني ولا هو بالمالي ، ولكنه قد يكون أنس ما تقتضيه الظروف في بعض الصور . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٦ - ص ٣٩٧) .

(١) فن التزم بقدر أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يتمتع عن عمل يتيسر في كثير من الأحوال إجباره على تنفيذ التزمه . فالبائع ، وقد التزم بنقل ملكية المبيع ، يجبر على تنفيذ التزمه ، وتنقل الملكية إلى المشتري بتسجيل عقد البيع ، فإن امتنع البائع عن التصديق على إمضائه أمكن استصدار حكم ضده بإثبات البيع ، وتسجيل هذا الحكم تنتقل الملكية إلى المشتري . والمقاول الذي التزم ببناء منزل ، إذا امتنع عن تنفيذ التزمه ، أمكن أن يجبر على ذلك بأن يبنى الدائن المنزل على حسابه . ومن التزم بقدر ألا يفتح نافذة على جاره ، ففتحها ، أمكن إجباره على سدها ولو بمصروفات على حسابه . أما إذا كان العمل أنسى التزم به المدين يقتضى تدخله الشخصي ، فيمكن الوصول إلى التنفيذ العيني عن طريق التهديد المالي المنصوص عليه في المادتين ٢١٣ و ٢١٤ من القانون المدني الجديد .

والقاضي ليس ملزماً أن يحكم بالتنفيذ العيني . ولكن يتعين عليه أن يقضى به إذا كان ممكناً . وطالب به الدائن . أو تقدم به المدعى .

٦٤٤- التعويض غير النقدي: وفي الكثرة الغالبة من الأحوال يتعذر

التنفيذ العيني في المسؤولية التقصيرية . فلا يبقى أمام القاضي إلا أن يحكم بالتعويض . وليس من الضروري أن يكون التعويض نقداً . وإن كان هذا هو الغالب . فيجوز للقاضي أن يحكم بأن يدفع للدائن بسند أو بسهم تنتقل إليه ملكيته ويستولى على ريعه تعويضاً له عن الضرر الذي أصابه . كما يجوز للقاضي ، في حالة ما إذا هدم صاحب السفل سفله دون حق وامتنع من أن يعيد بناءه ، أن يأمر ببيع السفن لمن يتعهد ببناؤه (أنظر م ٨٦٠ فقرة أول) . وفي دعاوى السب والقذف يجوز للقاضي أن يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم القاضي بإدانة المدعى عليه في الصحف . وهذا النشر يعتبر تعويضاً غير نقدي عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعى عليه . وهذا ما عناء القانون المدني الجديد عندما نص في الفقرة الثانية من المادة ١٧١ على أنه يجوز للقاضي « أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض » . بل إن الحكم بالمصروفات على المدعى عليه في مثل هذه الأحوال ، والاقتصار على ذلك ، قد يعتبر تعويضاً كافياً عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعى ، وهو تعويض غير نقدي لأن الملحوظ فيه هو المعنى الذي يتضمنه .

٦٤٥- التعويض النقدي : وهذا هو التعويض الذي يغلب الحكم به

في دعاوى المسؤولية التقصيرية . فإن كل ضرر - حتى الضرر الأدبي - يمكن تقويمه بالنقد . ففي جميع الأحوال التي يتعذر فيها التنفيذ العيني ، ولا يرى القاضي فيها سبيلاً إلى تعويض غير نقدي . يحكم بتعويض نقدي . والتعويض النقدي هو الأصل . ومن ثم نصت الفقرة الثانية من المادة ١٧١ من القانون المدني الجديد على أنه « يقدر التعويض بالنقد » .

والأصل أيضاً أن يكون التعويض النقدي مبلغاً معيناً يعطى دفعة واحدة . ولكن ليس ثمة ما يمنع القاضي من الحكم . تبعاً للظروف . بتعويض نقدي منقسم أو بإيراد مرتب مدى الحياة . والفرق بين الصورتين أن التعويض المنقسم يدفع على أقساط تحدد مددها ، وبعين عددها ، ويتم استيفاء التعويض

بدفع آخر قسط منها . أما الإيراد المرتب مدى الحياة ، فيدفع هو أيضاً على أقساط تحدد مددها ، ولكن لا يعرف عددها لأن الإيراد يدفع ما دام صاحبه على قيد الحياة ولا ينقطع إلا بموته . وبحكم القاضي بتعويض مقسط إذا رأى أن هذه هي الطريقة المناسبة للتعويض . ويتحقق ذلك مثلاً إذا كان المدعى قد أصيب بما يعجزه عن العمل مدة معينة من الزمن ، فيقتضى له بتعويض مقسط حتى يبرأ من أصابته . وبحكم القاضي بإيراد مرتب مدى الحياة إذا كان العجز عن العمل - كلياً أو جزئياً - عجزاً دائماً ، فيقتضى للمضروب بإيراد يتقاضاه ما دام حياً ، تعويضاً له مما أصابه من الضرر بسبب هذا العجز الكلي أو الجزئي (١) . ولما كان المسئول هو المدين بهذا التعويض المقسط أو بهذا الإيراد المرتب . وكان الدين المترتب في ذمته يبقى مدداً قد تطول ، فقد يرى القاضي أن يلزمه بتقديم تأمين . وهذا هو ما تقتضى به الفقرة الأولى من ١٧١ من القانون المدني الجديد . إذ تنص على أنه « يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً . وليس هناك ما يمنع القاضي من أن يحكم على المسئول بدفع مبلغ من المال إلى شركة تأمين مثلاً لتحويله إلى إيراد مرتب يعطى للمضروب . ويكون هذا بمثابة التأمين للدائن .

فإذا تعذر التنفيذ العيني والتعويض غير النقدي ، وتعين الحكم بتعويض نقدي ، ولم تستدع الظروف أن يكون هذا التعويض مقسطاً أو إيراداً مرتباً ، رجع القاضي إلى الأصل وهو الحكم بمبلغ معين من المال يعطيه المسئول للمضروب دفعة واحدة .

٢٤ - تقدير التعويض

٦٤٦ - **النصوص القانونية:** تنص المادة ١٧٠ من القانون المدني الجديد على ما يأتي :

(١) استئناف مختلط في ١٤ يولية سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٣٤ - وفي ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٩٣ - وفي ٥ يولية سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٨٨ . وقد يعتبر التعويض المقسط إلى أن يبرأ الضرر من إصابته إيراداً مرتباً ، ولكن لا إلى مدى الحياة ، بل إلى حين البرء من الإصابة .

« يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١ و ٢٢٢ ، مراعيًا فى ذلك الظروف الملازمة . فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٣٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى : « يقرر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين ٢٩٩ و ٣٠٠ ، مراعيًا فى ذلك الظروف وجسامه الخطأ . فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعدد مدى التعويض تحديداً كافياً ، فله أن يحتفظ للمصاب بالحق فى أن يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر فى الحكم » . وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات على النص تجعله أكثر تحفظاً للمعى المقصود ، فأصبح النص فى المشروع النهائى (المادة ١٧٤) على الوجه الآتى : « يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٩٩ و ٣٠٠ ، مراعيًا فى ذلك الظروف وجسامه الخطأ . فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير » . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ استبدلت عبارة « مراعيًا فى ذلك الظروف الملازمة » بعبارة « مراعيًا فى ذلك الظروف وجسامه الخطأ » لأن جسامه الخطأ تدخل فى عموم لفظ الظروف . ولما اعترض على النص بأن فى تطبيقه خروجاً على قاعدة حجية الأحكام إذ أنه يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطلب خلال مدة معينة إعادة النظر فى التقدير ، أجب على هذا الاعتراض بأنه إذا كان الحكم نهائياً انتهى الأمر ، وإنما إذا رأى القاضي أن الموقف غير جلى ، واحتفظ فى حكمه للمضرور بالرجوع بتعويض تسكيلى خلال مدة معينة ، فلا يتناقض ذلك مع قاعدة حجية الأحكام . وأصبح رقم المادة ١٧٠ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٠ - ٣٩٥) .

ويقابل هذا النص فى القانون الجديد نص المادتين ١٢١/١٧٩ على الوجه الآتى : « التضمينات عبارة عن مقدار ما أصاب الدائن من الخسارة وما ضاع عليه من الكسب ، بشرط أن يكون ذلك ناشئاً مباشرة عن عدم الوفاء » .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى سدد نص القانون الجديد ما يأتى : « يحدد النص مدى الضرر الذى ينجم عن إقفال الضار . ويقدر التعويض ، وفقاً للقاعدة العامة فى المادة ٢٩٩ من المشروع (لا تقرأ المادة ٣٠٠) . ويكفى أن يشار فى هذا المقام إلى أن التعويض يتناول ما أصاب الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ، متى كان ذلك نتيجة مألوفة لإقفال الضار . وينبنى أن يعتد فى هذا الشأن بجسامه الخطأ وكل ظرف آخر من ظروف التشديد أو التخفيف . والواقع أن جسامه الخطأ لا يمكن الإغضاء عنها فى منطلق اللذهب للشخصى أو الذاتى . ولذلك تجرى التضمينات الحديثة على إقرار هذا المبدأ وتطبيقه فى أحوال شتى . فمن ذلك مثلاً تفريق التضمين التوسى والمراكشى بين خطأ الدين وتدليسه فيما يتعلق بقدير التعويض . وقد استظهرت المادتان ١٠٧/٩٨ من هذين التضمين حكم هذه التفرقة ، =

والمادتان ٢٢١ و ٢٢٢ المشار إليهما في النص قد سبق إيرادهما . ونعيد ذكرهما هنا زيادة في الإيضاح .

تنص المادة ٢٢١ على ما يأتي : « ١ - إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالقاضي هو الذي يقدره . ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول . ٢ - ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد » .

وتنص المادة ٢٢٢ على ما يأتي : « ١ - يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً . ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق ، أو طالب الدائن به أمام القضاء . ٢ - ومع ذلك لا يجوز للحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب » .

٦٤٧ - مقياس التعويض للضرر المباشر : ويتبين من هذه النصوص

أن التعويض مقياسه الضرر المباشر . فالتعويض في أية صورة كانت - تعويضاً

فصلنا على أنه يتعين على المحكمة أن تباين في تقدير التعويض تبعاً لما إذا كان أساس المسؤولية خطأ المدين أو ندبسه . ويفرق التقنين البولوني كذلك بين التدليس والخطأ الجسيم من ناحية وبين الخطأ البسيط من ناحية أخرى ، فيقرر في المادة ١٦٠ أنه « يمتد في تقدير الضرر المادي بقيمة الشيء وفقاً للسعر الجاري ، فضلاً عما له من قيمة خاصة لدى الضرور عند توافر سوء النية أو الإهمال الفاحش » . ويقضى تقنين الالتزامات السويسري بإقتصاص التعويض عدالة إذا كان الخطأ سبباً وكانت موارد المدين محدودة ، فينس في الفقرة الثانية من المادة ٤٤ على أنه (إذا لم يكن الضرر ناشئاً من جراء فعل عمد أو إهمال جسيم أو رعونته بالغة ، فللقاضي أن ينقص التعويض عدالة متى كان استيفاءه يعرض المدين لضيق الحال) . وقد لا يتيسر للقاضي أحياناً أن يحدد وقت الحكم مدى التعويض تحديداً كافياً ، كما هو الشأن مثلاً في جرح لانتين عقابه إلا بعد انقضاء فترة من الزمن ، فللقاضي في هذه الحالة أن يقدر تعويضاً موقوتاً بالتثبت من قدر الضرر المعلوم وقت الحكم ، على أن يعيد النظر في قضائه خلال فترة معقولة يتولى تحديدها . إذا اقتضى الأجل المحدد ، أعاد النظر فيما حكم به ، وقضى المضرور بتعويض إضافي إذا اقتضى الحال ذلك . وعلى هذا سار اقتضاء المصري . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٢ - ص ٣٩٣)

عيباً أو بمقابل . وتعويضاً نقدياً أو غير نقدي . وتعويضاً مقسطاً أو إبراداً مرتباً أو رأس مال - يقدر بمقدار الضرر المباشر الذي أحدثته الخطأ ، سواء كان هذا الضرر مادياً أو أدبياً ، وسواء كان متوقعاً أو غير متوقع ، وسواء كان حالاً أو مستقبلاً ما دام محققاً . وقد تقدم ذكر هذا كله عند الكلام في ركن الضرر .

والضرر المباشر يشتمل على عنصرين جوهريين هما الحسارة التي لحقت المضرور (damnum emergens) والكسب الذي فاته (lucrum cessans). فهذان العنصران هما اللذان يقومهما القاضي بالمال. فلو أن شخصاً أ تلف سيارة مموكة لآخر . وكان صاحب السيارة اشتراها بألف وحصل على وعد من الغير أن يشتريها منه بمائتين وألف ، فالألف هي الحسارة التي لحقت صاحب السيارة ، والمائتان هو الكسب الذي فاته . وكلاهما ضرر مباشر يجب التعويض عنه . ولا يدخل في الحساب عند تقدير التعويض أن يكون الضرر متوقعاً أو غير متوقع . ففي المسؤولية التقصيرية يشمل التعويض كل ضرر مباشر ، متوقعاً كان هذا الضرر أو غير متوقع . أما في المسؤولية العقدية فيقتصر التعويض على الضرر المتوقع في غير حالاتي الغش والخطأ الجسيم . وقد تقدم بيان ذلك .

٦٤/٨ - الظروف الملزمة التي من شأنها أن تؤثر في تقدير التعويض:

وتقول المادة ١٧٠ أن القاضي يراعي في تقدير التعويض « الظروف الملزمة » . ويقصد بالظروف الملزمة هنا الظروف التي تلابس المضرور لا الظروف التي تلابس المسئول . فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور وما قد أفاده بسبب التعويض ، كل هذا يدخل في حساب القاضي عند تقديره للتعويض . أما الظروف الشخصية التي تحيط بالمسئول وجسامة الخطأ الذي صدر منه ، فلا يدخل في الحساب ، على خلاف في الرأي بالنسبة إلى جسامة الخطأ .

فالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور تدخل في الاعتبار ، لأن التعويض يقاس بمقدار الضرر الذي أصاب المضرور بالذات ، فيقدر على أساس ذاتي (in concreto) لا على أساس موضوعي (in abstracto) . ويكون محلاً للاعتبار حالة المضرور الجسمية والصحية . فمن كان «عصبياً» ، فإن الانزعاج الذي يتولاه من حادث يكون ضرره أشد بكثير مما يصيب شخصاً سليم الأعصاب .

ومن كان مريضاً «بالسكر» ويصاب بجرح ، كانت خطورة هذا الجرح أشد بكثير من خطورة الجرح الذى يصيب السليم (١). كذلك يكون محلاً للاعتبار حالة المضرور العائلية . فمن يعول زوجة وأطفالاً يكون ضرره أشد من ضرر الأعزب الذى لا يعول إلا نفسه . ويدخل أيضاً فى الاعتبار حالة المضرور المالية : وليس ذلك معناه أن المضرور إذا كان غنياً كان أقل حاجة إلى التعويض من الفقير ، فالضرر واحد ، أصاب غنياً أو فقيراً ، وإنما الذى يدخل فى الاعتبار هو اختلاف الكسب الذى يفوت المضرور من جراء الإصابة التى لحقت به ، فمن كان كسبه أكبر كان الضرر الذى يحيق به أشد (٢). وقد يفيد المضرور من التعويض الذى تقاضاه من المسئول . مثل ذلك أن يتلف شخص متاعاً قديماً مماوئلاً آخر فيعوضه عنه متاعاً جديداً . فعلى المضرور أن يدفع إلى المسئول بالمتاع القديم التالف (laissé pour compte) حتى لا يجمع بين المتاعين القديم والجديد (٣). ويبقى بعد ذلك أنه أفاد بالفرق بين قيمة الحديد وقيمة القديم . ومن رأينا أن المضرور يرد هذا الفرق للمسئول طبقاً لتواعد الإثراء بلا سبب ، على الأقل إذا كان فى استطاعة المسئول أن يعوض المتاع القديم بمتاع قديم مثله فلم يفعل وأعطى المضرور المتاع الجديد (٤).

(١) والشخص الذى فقد إحدى عينيه ، ثم فقد العين الأخرى فى حادث ، يكون الضرر الذى يصيبه بفقد العين الأخرى وصيرورته مكفوف البصر أشد بكثير من الضرر الذى يصيب من كان سليم العينين فيفقد عيناً واحدة . ومن كان عنده استعداد لمرض السل أو لغيره من الأمراض ، وأصيب فى حادث ، قد تكون هذه الإصابة سبباً لإصابته بالمرض الذى هو مستعد له ، فلا يقال إن هذا الضرر لا يسأل عنه المدعى عليه لأن شخصاً سليماً فى مكان المضرور كان لا يصاب بهذا المرض ، إذ العبرة بشخص المضرور لا بشخص مجرد (أنظر فى هذا المعنى استئناف مخطط فى ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٧) .

ويقرب من ذلك أن يكون الضرر أصاب الشيء لا الشخص ، فتكون البلدية مسئولة عما أحدثته أعمال الحفر فى مبنى قائم حتى لو كان هذا المبنى قديماً وغير متين ، ولو كان جديداً أو متيناً لما تصدع (استئناف مخطط فى ١٧ يولية سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٤٩) .

(٢) ويدخل فى الاعتبار حالة المضرور المهنية . فالخريق الذى يصيب بناء اتخذته تاجر يمارس مهنته فيه يحدث ضرراً أشد مما يصيب شخصاً اتخذ هذا البناء مسكناً له . ويختار الضرر باختلاف المهنة ، فرسم المهندس غير عيادة الطبيب وغير مكتب المحامى .

(٣) استئناف مخطط فى ٣٠ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٠ .

(٤) قارن : استئناف مخطط فى ٢٣ يولية سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٦٦ - مازو ٣

أما الظروف الشخصية التي تحيط بالمسئول فلا تدخل في الحساب عند تقدير التعويض. فإذا كان المسئول غنياً لم يكن هذا سبباً في أن يدفع تعويضاً أكثر، أو كان فقيراً لم يكن هذا سبباً في أن يدفع تعويضاً أقل (١). وسواء كان المسئول لا يعمل إلا نفسه أو يعمل أسرة كبيرة : فهو يدفع التعويض بقدر ما أحدثت من الضرر . دون مراعاة لظروفه الشخصية . إذ العبرة في تحديد مدى الضرر بالظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور لا بالمسئول (٢) . كذلك لا يزيد في مقدار التعويض أن يكون المسئول قد أمن على مسؤوليته بدعوى أن شركة التأمين هي التي ستدفع التعويض . ولا يدخل في الحساب ما قد يفيد المسئول من كسب بسبب الضرر الذي أحدثته . فالأصل الذي يستعين بالمسروق في مواجهة أزمة مالية حلت به فينتفع انتفاعاً كبيراً لا يكون مسئولا إلا بمقدار ما سرق لا بمقدار ما أفاد (٣) .

والأصل أنه لا ينظر إلى جسامه الخطأ الذي صدر من المسئول عند تقدير التعويض . وإذا تحققت المسؤولية ، قدر التعويض بقدر جسامه الضرر لا بقدر جسامه الخطأ . ومهما كان الخطأ يسيراً فإن التعويض يجب أن يكون عن كل

(١) ويستثنى من ذلك الضرر إذا وقع من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعتبر الحصول على تعويض من المسئول ، فيجوز إلزام غير المميز بتعويض عادل (م ١٦٤ فقرة ٢) ، وقد رأينا أن الحالة المالية لكل من المسئول والمضرور ومقدار بار كل منهما يكون محل اعتبار في تقدير التعويض .

(٢) ومع ذلك أنظر : استئناف مختلط في ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٧ - وفي ١٦ ديسمبر ١٩٠٨ م ٢١ ص ٦٨ .

(٣) ولا يقال إنه يكون مسئولا عما أفاد بدعوى الإثراء بلا سبب ، لحكم هذه الدعوى أن يدفع المدين أقل القيمتين ، وقد دفع اللس أقل القيمتين بدفعه قيمة المسروق .

وعلى العكس من ذلك يدخل في الحساب ما أفاد به المضرور من جراء الضرر الذي وقع عليه . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا خطأ في أن تراعى المحكمة في تقدير التعويض المستحق للموظف المفصول بغير حق ما قد يفيد من التحرر من أعباء الوظيفة (نقض مدني في ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ بمجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٨ ص ٧٠٩) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الثابت في الحكم المعلوم فيه أن الضرر الذي يشكو منه طالب التعويض وبدعى لموقفه من جراء تنفيذ مشروع للرى كان موقفاً ثم زال سببه ، وأن المدعى سيقيد من المشروع المذكور في المستقبل فائدة عطشى تموض عليه الضرر حتماً في زمن وجيز ، ثم تبقى له على عمر الزمن ، وبناء على ما استخلصته المحكمة من ذلك قضت بأنه ليس هناك محل للتعويض ، فإنها لا تكون قد أخطأت (نقض مدني في ٤ مايو سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٣٠ ص ٣٥٦) .

الضرر المباشر الذي أحدثه هذا الخطأ اليسير . ومهما كان الخطأ جسيماً فإن التعويض يجب ألا يزيد عن هذا الضرر المباشر . وهذا هو مقتضى فصل التعويض المدني عن العقوبة الجنائية ، فالتعويض المدني شيء موضوعي لا يراعى فيه إلا الضرر ، والعقوبة الجنائية شيء ذاتي تراعى فيه جسامته الخطأ . هذا هو الأصل ، ولكن القضاء يدخل عادة في اعتباره جسامته الخطأ في تقدير التعويض . وهذا شعور طبيعي يستولى على القاضي ، فإدام مقدار التعويض موكولاً إلى تقديره فهو يميل إلى الزيادة فيه إذا كان الخطأ جسيماً وإلى التخفيف منه إذا كان الخطأ يسيراً . وعلى هذا يسير القضاء في مصر وفي فرنسا ، وقد سبق لنا بيان ذلك (١) .

٦٤٩- الضرر المتغير والوقت الذي يقرر فيه (٢) : نفرض أن الضرر

(١) وقد كان القضاء يصرح بذلك في أول الأمر (استثناؤه مختط في أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٨ - وفي ٩ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٨) ، ثم سكنت عن التصريح . بل هو الآن يصرح في بعض الأحيان بأن جسامته الخطأ لا تدخل لها في تقدير التعويض . ولكن الواقع غير ذلك ، فالقاضي لا يستطيع أن يتحاى إدخال جسامته الخطأ عاملاً في تقدير التعويض ، ويظهر ذلك بنوع خاص في تقدير التعويض عن الضرر الأدبي حيث يفسح مجال التقدير . ويظهر ذلك أيضاً عند تقسيم التعويض على مسئولين متعددين ، كما لو اشترك عدة أشخاص في ارتكاب الخطأ ، وكما لو كان الضرر أو الغير قد ارتكب خطأ يخفف من مسؤولية المدعي عليه ، ففي هذه الأحوال يقسم القضاء التعويض عليهم جميعاً وراعى في التقسيم جسامته الخطأ الذي صدر من كل منهم ، وقد تقدم بيان ذلك .

وقد يقال إن القانون المدني الجديد لم يجعل جسامته الخطأ عاملاً في تقدير التعويض ، فقد كان المشروع التمهيدى (م ٢٣٧) ينص صراحة على تقدير التعويض بحسب جسامته الخطأ ، ولكن هذا النص قد حذف في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، مما يخرج جسامته الخطأ عن أن تكون عاملاً في تقدير التعويض . على أن ما قلناه من مناقشات لجنة القانون المدني بشأن المادة ١٧٠ (أنظر آتياً فقرة ٦٤٦ في الهامش) صريح في أن اللجنة عندما حذفت عبارة « جسامته الخطأ » واستبدلت بها عبارة « الظروف الملائمة » إنما راعت أن جسامته الخطأ تدخل في عموم هذه الظروف ، فلم ترد أن تستبعد جسامته الخطأ من أن تكون عاملاً في تقدير التعويض (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٣ - ٣٩٤) .

(٢) يجب التمييز بين الضرر المتغير والضرر الذي لا يتيسر تعيين مدها تبعياً نهائياً وقت التعلق بالحكم . ففي الحالة الثانية يجوز للقاضي أن يحتفظ بضرره بالحق في أن يطالب في خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير ، وفقاً لنص المادة ١٧٠ ، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في ركن الضرر . أما في الحالة الأولى فإن الضرر يكون متغيراً منذ أن وقع إلى يوم =

متغير منذ أن وقع إلى يوم النطق بالحكم . بل إذا شخص صدمته سيارة بخطأ سائقها ، فأصيب بكسر في يده . وعندما طالب بالتعويض كان الكسر قد تطور فأصبح أشد خطورة مما كان . وعند صدور الحكم كانت خطورته قد اشتدت وانقلب إلى عاهة مستديمة . لاسك في أن القاضي يدخل في حسابه عند تقدير التعويض تطور الإصابة من يوم وقوعها إلى يوم صدور الحكم . فيقدر الضرر باعتبار أن الكسر قد انقلب إلى عاهة مستديمة (١) .

كذلك لو خف الضرر من يوم وقوعه إلى يوم صدور الحكم . وأصبح الكسر أقل خطورة مما كان في أول أمره ، حسب القاضي التعويض مراعيًا ما كان عليه الكسر من خطر ثم ما طرأ عليه من تحسن (٢) .

فالعبرة إذن في تقدير التعويض بيوم صدور الحكم . اشتد الضرر أو خف . أما إذا كان الضرر لم يتغير منذ وقوعه إلى يوم صدور الحكم . والذي تغير هو سعر النقد الذي يقدر به التعويض أو أسعار السوق بوجه عام ، فالعبرة

= النطق بالحكم . ولا شيء يمنع من أن تجمع الحالتان : يكون الضرر متغيراً منذ وقوعه ، ويبقى يوم النطق بالحكم لا يتيسر تعيين مداه تميئناً نهائياً . وعندئذ تطبق أحكام كل من الحالتين ، ويختار القاضي الوقت الذي يقدر فيه الضرر وفقاً لما سنبينه ، ثم يحتفظ في حكمه بحق المضرور في أن يطالب في خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير وفقاً لما سبق أن بيناه .

(١) وقد يشتد الضرر لسبب لا يرجع إلى خطأ المشلول ، كما إذا فقد المضرور إحدى عينيه في حادث ، ثم فقد الأخرى في حادث آخر . فالمشلول عن الحادث الأول يرى الضرر الذي أحدثته قد اشتد بوقوع الحادث الثاني ، فقد كان هذا الضرر في أول أمره هو فقد المضرور عينا واحدة مع بقاء الأخرى سليمة ، ثم تطور الضرر في الشدة فأصبح هو فقد هذه العين ذاتها مع زوال الأخرى . فهل يكون في هذه الحالة مشلولاً عن اشتداد الضرر ؟ الظاهر أنه غير مشلول ، لأن اشتداد الضرر لا يرجع إلى خطئه هو ، بل يرجع إلى خطأ المشلول عن الحادث الثاني . وهذا المشلول هو الذي يعرض عن زيادة الضرر الناشئ عن فقد المضرور لعيته الثانية بعد أن فقد العين الأولى . وقد سبق بيان ذلك .

(٢) وإذا خف الضرر قبل صدور الحكم فإن المشلول يستفيد من ذلك ، حتى لو كان التحسن لا يرجع إلى تطور الإصابة في ذاته بل إلى سبب أجنبي ، كما إذا كان المضرور في حادث أصيب في حادث آخر فات ، فإن المشلول عن الحادث الأول يستفيد من موت المضرور إذ هو غير مشلول عنه ، وقد وضع الموت حداً للضرر الذي ترتب على الحادث الأول ، فاستفاد هو من ذلك

بالسر يوم صدور الحكم . ارتفع هذا السعر منذ وقوع الضرر أو انخفاض (١) .
على أنه إذا كان المضرور قد أصلح الضرر بمال من عنده ، فإنه يرجع بما دفعه
فعلا . مهذا تغير السعر يوم صدور الحكم .

٦٥٠- النفقة الموقته : وقد يرى القاضى أثناء نظر دعوى المسئولية

أن المضرور في حاجة قصوى إلى نفقة موقته (provision) يدفعها له المسئول من
حساب التعويض الذى سيقضى له به فى النهاية . فيجوز للقاضى عندئذ أن
يحكم بهذه النفقة مع مراعاة الشروط الآتية :

- ١- أن يكون مبدأ المسئولية قد تقرر ، ولم يبق إلا تقدير التعويض .
- ٢- أن تكون عناصر تقدير التعويض لا تزال ، لإعدادها . في حاجة
إلى مدة طويلة .

٣- أن يكون المضرور في حاجة ملحة إلى هذه النفقة .

٤- أن يكون المبلغ الذى يقدره القاضى للنفقة أقل من مبالغ التعويض الذى
ينتظر أن يقدر به الضرر (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه كلما كان الضرر متغيراً لمين على القاضى النظر فيه لا كما
كان عندما وقع ، بل كما صار إليه عند الحكم ، مراعيًا التغير فى الضرر ذاته من زيادة راجع
أصلها إلى خطأ المشول أو نقص كائنًا ما كان سببه ، ومراعيًا كذلك التغير فى قيمة الضرر
بارتفاع ثمن النقد أو انخفاضه وزيادة أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر أو نقصها . ذلك أن
الزيادة فى ذات الضرر التى يرجع أصلها إلى الخطأ والنقص فيه أيا كان سببه غير منقطعى الصلة
به . أما التغير فى قيمة الضرر فليس تغيراً فى الضرر ذاته . وإذا كان المشول ملزماً بجبر الضرر
كاملاً ، فإن التعويض لا يكون كافياً لجبره إذا لم يراع فى تقديره قيمة الضرر عند الحكم . ومن
ثم كان لا وجه للقول بأن تغير القيمة لا يمت إلى الخطأ بصفة ، كما لا وجه للقول بأن المضرور ملزم
بالعمل على إصلاح الضرر فإذا هو تهاون فعليه تبعة تهاونه ، فإن التزام جبر الضرر واقع على
المشول وحده ، ولا على المضرور أن ينتظر حتى يوفى المشول التزامه (قضى مدنى فى ١٧ أبريل
سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمره رقم ١٨٥ من ٣٩٨ : منزل ظهر بمآبته خلل راجع إلى تسرب
المياه من أنابيب نالفة لمصلحة التنظيم ، وتقاضى صاحب المنزل تعويضاً كاملاً عن إصلاح الخلل
بموجب تكاليفه وقت الحكم ، وكانت قد ارتفعت ، وتعويضاً كاملاً عن خلل المنزل ، ولم ينظر
إلى أن المالك كان عليه أن يبادر إلى إصلاح الخلل بنفسه دون أن ينتظر) - ويؤخذ على الحكم
أنه لم يدخل فى الحساب تهاون المضرور فى إصلاح الخلل ، وهذا ضرر غير مباشر (أنظر تعليلين
الدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٠٩) .

(٢) أنظر فى الموضوع ما زو ٣ فقرة ٢٤٢٦ - فقرة ٢٤٢٨ .

المطلب الثاني

التعويض في صورته المعدلة الموصوفة

٦٥١- **مبادئ ثلث** : ما قدمناه في التعويض هو حكمه في صورته

العادية المألوفة. ولكن هذا الحكم قد يعدل منه وصف يلحقه، فيكون التعويض صورة أخرى معدلة موصوفة. ويقع هذا في حالات ثلاث : (الحالة الأولى) أن يتفق الطرفان قبل تحقق المسؤولية على تعديل الأحكام التي قدمناها. (والحالة الثانية) أن يؤمن المسئول على مسؤوليته اغملة قبل تحققها. (والحالة الثالثة) أن ينتج أمام المضرور طريقان لتعويض عن الضرر الذي أصابه.

وتتميز الحالتان الأولى والثانية عن الحالة الثالثة بأن الوصف الذي لحق التعويض في الحالتين الأوليين يتصل بالمشئول، أما الوصف الذي لحق التعويض في الحالة الثالثة فيتصل بالمضرور.

ونتكلم في هذه الحالات الثلاث : (١) الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية (٢) التأمين على المسؤولية (٣) اجتماع طريقين للتعويض.

§ ١ - الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية

٦٥٢- **نظام الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية** : إذا تحققت المسؤولية

التقصيرية فلأن الاتفاق على تعديل أحكامها إعفاء أو تخفيفاً أو تشديداً جائز إطلاقاً. ويكون في الغالب بمثابة صلح، والصالح جائز فيما هو ليس من النظام العام. فإذا صدر خطأ من شخص سبب ضرراً لآخر، فللمضرور أن يعنى المسئول من التعويض، ويكون بذلك قد نزل عن حقه. ويصح أيضاً أن يتفق المضرور مع المسئول أن يتقاضى منه تعويضاً أقل مما يستحق، فيعفيه من التعويض عن بعض الضرر. ويكون هذا إما نزولاً من المضرور عن بعض حقه، أو هو صلح بينه وبين المسئول إذا كان هذا يتازع في مبدأ المسؤولية أو في مقدار التعويض. ويصح أخيراً أن يعطى المسئول المضرور تعويضاً أكثر مما يستحق. ويكون متبرعاً بما زاد.

وليس فيما قدمناه محل للنزاع . وإنما النزاع في الاتفاق بين الطرفين مقدماً وقبل تحقق المسؤولية . وهذا هو نطاق الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية . قد يقال كيف يقع ذلك ولا يعرف أحد مقدماً من هو الشخص الذي سيضربه بعمله غير المشروع ، فإن هذا إذا تيسر في المسؤولية العقدية ، إذ العقد يجمع منذ البداية بين المسئول والمضروب ، فهو ليس بميسور في المسؤولية التقصيرية ، إذ أن الطرفين لا يعرف أحدهما الآخر إلا عند وقوع الضرر ، فلا يتصور لاتفاق بينهما إلا بعد تحقق المسؤولية ؟ وإذا كان هذا صحيحاً في السكك الحديدية من الأحوال . فإنه يتصور في بعض أحوال المسؤولية التقصيرية أن يعرف شخص من يخطر أن يضربه من الناس بعمل غير مشروع . فقد تقوم أوضاع تجمع بين أشخاص يخطر أن يكون فيهم في المستقبل مسئول ومضروب . مثل ذلك الجيران ، كل جار بالنسبة إلى جاره يخطر أن يكون مسئولاً ومضروباً . فيتصور اتفاق الجيران على تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية عند تحققها . مثل ذلك أيضاً صاحب المصنع والملاك الجاورون ، ومصلحة السكك الحديدية وملاك الأراضي التي تمر السكك الحديدية بجوارها ، وملاك الحيوانات التي تجتمع في مكان واحد لاحتمال أن تؤذي الحيوانات بعضها بعضاً . وأصحاب السيارات إذا دخلت في سباق لاحتمال أن تتحقق المسؤولية التقصيرية فيما بينها . ومدير الشركة والشركاء فيما عسى أن يرتكب المدير من خطأ تقصيري . والنقل المجاني فيما بين الناقل والمنقول . يتصور إذن أن هؤلاء يتفقون فيما بينهم على التعديل من أحكام المسؤولية التقصيرية .

ويجب التمييز بين الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية والاتفاق على ضمان المسؤولية . فالاتفاق على ضمان المسؤولية مثله أن يؤمن المسئول على مسؤوليته في شركة تأمين . وبشبه ذلك أن يتفق صاحب البناء مع مقاول تعهد بهدم البناء أن يكون ضامناً لما عسى أن يتحقق من مسؤولية صاحب البناء بسبب الهدم ، وأن تتفق الحكومة مع ناد رياضي أن يضمن لما عسى أن يتحقق من مسؤوليتها بسبب الألعاب الرياضية التي يقوم بها النادي . والفرق بين الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية والاتفاق على ضمان المسؤولية أن الاتفاق الأول يقوم مباشرة بين المسئول والمضروب . وقد يرفع المسؤولية أصلاً عن المسئول قبل المضروب . أما الاتفاق الثاني فيقوم بين المسئول الأصلي ومسئول

آخر يضمنه . لا ليرفع المسؤولية عن المسئول الأصلي . بل ليؤكد ما بضم
مسئول إليه . يحمل في النهاية المسؤولية إذا تحققت دون أن ينتقص ذلك من
حتى المنصوص في الرجوع على المسئول الأصلي .

والإتفاق على التعديل من أحكام المسؤولية إما أن يكون اتفاقاً للإعفاء من
المسؤولية أو للتخفيف منها . وإما أن يكون اتفاقاً للتشديد من المسؤولية .
نستعرض كلا من الحالتين .

٦٥٣- الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التفسيرية أو على التخفيف منها:

هذا الاتفاق قد يرمى إلى الإعفاء من المسؤولية بتماماً . وقد يرمى إلى التخفيف منها .
إما بأن تنقص مدى التعويض فلا يعوض إلا عن بعض الضرر دون بعض ، وإما
بتحديد مبلغ معين كشرط جزائي يكون هو مبلغ التعويض مهما بلغ الضرر ،
وإما بتقصير المدة التي ترفع فيها دعوى المسؤولية .

وقد كفل القانون المدني الجديد بيان حكم هذه الاتفاقات . فنصت الفقرة
الثالثة من المادة ٢١٧ على ما يأتي : « ويتبع باطلاً كل شرط يقضى بالإعفاء
من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع (١) » .

والقضاء في مصر وفي فرنسا جرى على هذا المبدأ : لا بالنسبة إلى الإعفاء
من المسؤولية فحسب ، بل أيضاً بالنسبة إلى التخفيف منها في صورته المختلفة (٢) .

(١) أنظر تاريخ هذا النص آنفاً فقرة ٤٣٧ في الهامش .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بما يأتي : « أجمع الفقهاء على أن شرط الإعفاء
من المسؤولية عن الخطأ التعاقدى باطل إذا كان الخطأ بالغاً جسيماً النفس أو الخطأ الفاحش ، أما
إذا كان الخطأ بسيطاً فينبى الفقهاء خلاف ، فمنهم من يقول بصحة الشرط ، ومنهم من يقول
ببطلانه . أما شرط الإعفاء عن الخطأ اللاتعاقدى فهو باطل إجماعاً وفي كل الأحوال » (استئناف
مصر الوطنية في ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ الحاماة ٩ رقم ٢/٢٥ ص ٤٤) . أنظر أيضاً :
استئناف وطني في ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٩٢ ص ٢٤٥ —
وفي ٢٥ يولية سنة ١٩٢٢ الحاماة ٢ رقم ١/١٦١ ص ٤٨٠ — استئناف مختلط في ١٦
مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٥١ — وفي ٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٧٨ —
وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٤ — وفي ١٧ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص
٤٢٨ — وفي ١٠ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٥٥ — وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م
٣٣ ص ٩٧ — وفي ١١ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٢٢ — وفي ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م
٣٦ ص ١٤٠ — وفي ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٩٦ — وفي ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م
٤٢ ص ٢٥٩ .

وانظر في القضاء الفرنسي ما زو ٣ فقرة ٢٥٧٠ .

وتعادل ذلك أن أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام ، والقانون هو الذى يتكفل بتقريرها . فهى ليست كأحكام المسؤولية العقدية التى هى من صنع المتعاقدين . فيستطيعان أن يحورا فيها وأن يعفيا منها . فلا يجوز إذن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو على التخفيف منها سواء من حيث مدى التعويض أو من حيث الشرط الجزائى أو من حيث مدة الدعوى . وقد رأينا فى المسؤولية العقدية أن كل هذا جائز فى غير العمد والخطأ الجسيم . أما الفقه فى فرنسا فيناقش القضاء منتقدا إياه . ويرى أن غير الجائز من هذه الاتفاقات هو الاتفاق الخاص بالمسؤولية التقصيرية إذا ترتبت على العمد أو الخطأ الجسيم وكذلك إذا ترتبت على خطأ يسير ولحق الضرر الجسم دون المال . فإن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التى ترتب على تعمد الإضرار بالغير أو ما هو بمنزلة هذا التعمد (الخطأ الجسيم) . أو على التخفيف من هذه المسؤولية ، يكون مخالفاً للنظام العام . كذلك الأمر إذا كان الضرر يلحق الجسم لا المال ، ولو ترتب على خطأ يسير ، فإن جسم الإنسان لا يجوز أن يكون محلاً للاتفاقات المالية . لكن إذا كان الضرر يلحق المال ويترتب على خطأ يسير ، فليس فى القواعد العامة ما يمنع من الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية فيها ، ومن باب أولى من الاتفاق على التخفيف من المسؤولية فى أية صورة من صور التخفيف (١) .

ومهما يكن من أمر فالقانون الجديد صريح فى بطلان الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو على التخفيف منها . وهو فى ذلك يؤيد القضاء فى مصر وفى فرنسا على النحو الذى أسلفناه .

٦٥٤ - الاتفاق على التفسير فى المسؤولية التقصيرية : وقد يكون الاتفاق

من شأنه أن يشدد فى المسؤولية التقصيرية . مثل ذلك أن يتفق الطرفان على أن يكون الخطأ مفترضاً فى جانب المسئول فى حالات لا يفرض فيها القانون الخطأ . ومثل ذلك أيضاً الاتفاق على مسؤولية المدين حتى لو لم يرتكب خطأ . ويبدو أنه إذا كان الاتفاق على التخفيف من المسؤولية أو الإعفاء منها مخالفاً للنظام العام ، فإن الاتفاق على التشديد فيها لا يخالف النظام العام ، فيكون

(١) أنظر فى الفقه الفرنسى وفى نقد القضاء الفرنسى مازو ٣ فقرة ٢٥٧١ - فقرة ٢٥٧٦ .

مشروعاً . يؤيد ذلك ما قضت به الفقرة الأولى من المادة ٢١٧ من القانون المدني الجديد من أنه « يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجيء ، القوة القاهرة » (١) . وغنى عن البيان أن المسؤولية ذاتها لا تتحقق بقيام الحادث المفاجيء والقوة القاهرة لانعدام علاقة السببية . فإذا كان من الممكن أن يتحمل الشخص بالاتفاق تبعة مسؤولية لم تتحقق ، فيتحمل التبعة (risque) للمسئولية ويكون بمثابة المؤمن ، فمن باب أولى يستطيع أن يتفق على التشديد من مسؤولية قد تحققت .

٢٨ - التأمين على المسؤولية

٦٥٥ - متى يجوز التأمين على المسؤولية : التأمين على المسؤولية يفضل الإعفاء من المسؤولية ، لأنه في الوقت الذي يزيع فيه عن عاتق المسئول عبء المسؤولية لا يعرّم المضرور من حقه في التعويض . وهو ميسر بفضل انتشار شركات التأمين . ومن ثم فهو كثير الوقوع في الحياة العملية . ويجوز للشخص أن يؤمن على مسؤوليته المترتبة على الخطأ . سواء كان هذا الخطأ عقدياً أو تقصيرياً ، وسواء كان الخطأ التقصيري مفرضاً أو ثابتاً ، وسواء كان الخطأ الثابت بسيراً أو جسماً . ولكن لا يجوز التأمين على المسؤولية المترتبة على الخطأ العمد ، إذ لا يجوز لأحد أن ييسر لنفسه السبيل إلى الغش . وإنما يجوز التأمين على المسؤولية عن عمل الغير ، حتى لو ارتكب

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص كما هو في الفقرة الأولى من المادة ٢٩٥ من المشروع التمهيدى . ولم يحدث فيه تعديل لا أمام لجنة المراجعة (م ٢٢٤ من المشروع التامى) ، ولا أمام مجلس النواب ، ولا أمام لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ (م ٢١٧) ، ولا أمام مجلس الشيوخ (الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٢ - م ٥٥٤) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتى : « ليست أحكام المادة ٢٩٥ إلا تقنيناً للقواعد التى جرى القضاء المصرى على اتباعها في هذا الشأن ، فقد يجعل عبء المسؤولية أشد وقرراً بالاتفاق على تحمل تبعة الحادث الفجائى ، وبهذا يكون الدين مؤمناً للدائن من وجه . وقد تخفف المسؤولية على قبض ذلك باشتراط الإعفاء من تبعة الخطأ التعاقدى إلا أن تكون فائمة على غش أو خطأ جسم . فليس للأفراد حرية مطلقة في الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية ، فكما أن الاتفاق على الإعفاء من الخطأ الجسيم والغش لا يجوز في المسؤولية التعاقدية ، كذلك يمنع اشتراط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أيا كانت درجة الخطأ ، ويعتبر مثل هذا الاشتراط باطلاً لمخالفته للظام العام » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٣) .

هذا الغير خطأ عمداً. ذلك أن المسئول عن الغير لم يؤمن من المسئولية عن غشه هو بل عن غش الغير ، فالخطأ الشخصى الذى يؤمن نفسه منه هو خطأ مفترض لا خطأ عمد (١) .

ونرى من ذلك أن الشخص يستطيع أن يؤمن على مسئوليته فى مختلف صورها ، فيما عدا المسئولية عن الخطأ العمد الذى يصدر منه شخصياً .

وننظر الآن فيما يأتى : (١) علاقة المؤمن (شركة التأمين) بالمؤمن له (المسئول) (٢) علاقة المؤمن بالمضروب (٣) علاقة المؤمن بمن صدر منه الخطأ فى التأمين على المسئولية عن عمل الغير .

٦٥٦- عمدة المؤمن بالمؤمن له : هذه العلاقة ينظمها عقد التأمين .

وهو يترتب التزامات فى ذمة المؤمن (شركة التأمين) . وأخرى فى ذمة المؤمن له (المسئول) .

(١) الالتزامات المؤمن : أما التزامات المؤمن فتتلخص فى صمان المسئولية التى قد تترتب فى ذمة المؤمن له ، وهى المسئولية التى كانت محلاً للتأمين . والأصل أن المؤمن ضامن لكل ما ينجم عن هذه المسئولية من تكاليف . ففى طلب المؤمن له مطالبه ودية أو قضائية بتعويض عن ضرر هو مسئول عنه وكان داخلاً فى دائرة التأمين ، بدأ التزام المؤمن ينتج أثره ، سواء دخل المؤمن فى الدعوى أو لم يدخل ، ووجب عليه أن يكفل للمؤمن له نتائج هذه المطالبة ولو كانت على غير أساس . فإن الذى يضممه المؤمن ليس هو مسئولية المؤمن

(١) وغرب ذلك من الاتفاق على الإعفاء من المسئولية العقدية ، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ على ما يأتى : « وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطأ الجسيم . ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه » .

وكذلك فى التأمين من الحريق نصت المادة ٧٦٨ على أنه ١٥ - يكون المؤمن مسئولاً عن الأضرار الناشئة عن خبث المؤمن له غير التعمد ، وكذلك يكون مسئولاً عن الأضرار الناجمة من حادث مفاجئ أو قوة قاهرة . ٢ - أما الحائر والأضرار التى يحدثها المؤمن له عمداً أو غشاً ، فلا يكون المؤمن مسئولاً عنها ولو اتفق على غير ذلك . ونرى من المقابلة بين هذا النص والنص المتقدم أن المسئولية عن الخطأ الجسيم لا يجوز الإعفاء منها ، ولكن يجوز التأمين عليها .

له فحسب . بل كل مطالبة توجه ضده في شأن هذه المسؤولية (١) .
فإذا ثبتت المسؤولية قبل المؤمن له ، وجب على المؤمن أن يدفع له ما ثبت
في ذمته من تعويض بسبب هذه المسؤولية (٢) . والقاعدة أن المؤمن يلتزم
بالضمان بقدر ما تحقق من مسؤولية المؤمن له دون زيادة . حتى لو كان عقد
التأمين يشتمل على شرط يجعل المؤمن ضامناً لمبلغ معين وكان هذا المبلغ يزيد
على التعويض الذي ثبت في ذمة المؤمن له . فلو كان هذا المبلغ ألفاً وكانت
قيمة التعويض ثمانمائة . فإن المؤمن يضمن الثمانمائة دون الألف (٣) .
وتعليل ذلك أن عقد التأمين من المسؤولية هو عقد تأمين لا عقد ادخار ، فهو
معقود لتعويض الخسارة على المؤمن له . فلا يجوز أن يكون مصدر ربح له ،
وهذا بخلاف عقد التأمين على الأشخاص فهو عقد ادخار لا عقد تأمين ،
فيجوز أن يزيد مبلغ التأمين على مقدار الخسارة .

(١) أو كما يقول هيمارد (Hémar) إن الحادث المؤمن ضده (sinistre) هو المطالبة
ذاتها ، قضائية كانت أو غير قضائية (Le sinistre est l'attaque même, judiciaire ou extrajudiciaire : Hémar t.2 no. 556) .
وكان المشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد يتضمن نصوصاً في التأمين من المسؤولية ،
حذفت في لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اكتفاء بالقواعد العامة إلى أن يصدر تشريع خاص
بالحال . مسائل التأمين في مختلف صوره ، وقد جاء في الفقرة الأولى من المادة ٨٣٠ من هذا
المشروع ما يأتي : « لا ينتج التزام المؤمن أثره إلا إذا قام المصاب بمطالبة المؤمن له ودياً أو
قضائياً بعد الحادث المبين في العقد » .

(٢) ويجوز للمؤمن ، قبل ثبوت المسؤولية ، أن يتدخل في الدعوى ، كما يجوز إدخاله إلا
إذا اشترط عدم جواز ذلك (مازو ٣ فقرة ٢٦٧١) . بل يجوز للمؤمن أن ينس في وثيقة
التأمين على احتفاظه وحده بالحق في مباشرة الدعوى (أنظر م ٨٣٠ فقرة ٣ من المشروع
التمهيدى للقانون المدنى الجديد) .

(٣) وقد يتفق المؤمن والمؤمن له على التخفيف من هذه المسؤولية ، فلا يدفع المؤمن إلا
نسبة معينة من التعويض الذى يلزم به المؤمن له عندما تتحقق مسؤوليته (٨٠ ٪ مثلاً) ، وهذا
ما يسمى بشرط الخسارة المكشوفة (clause de découvert obligatoire) . أو يتفقان
على ألا يدفع المؤمن من التعويض إلا ما زاد على مبلغ معين (حين جنبها مثلاً) ، فإذا كان
التعويض حين جنبها أو أقل التزم به المؤمن له دون رجوع على المؤمن ، أما إذا زاد التعويض
على حين جنبها فإن المؤمن يدفع مقدار الزيادة ، وهذا ما يسمى بشرط الخسارة المبدرة
(clause de franchise d'avarie) . أو على العكس من ذلك يتفقان على ألا يدفع المؤمن
ما زاد من التعويض على مبلغ معين (خسائمه جنبه مثلاً) ، فإذا كان التعويض خسائمه أو أقل
دفعه المؤمن كله ، أما إذا زاد على الخسائمه فإن المؤمن لا يدفع إلا خسائمه ويحمل المؤمن له
مقدار الزيادة . (أنظر في وجوه التخفيف المختلفة مازو ٣ فقرة ٢٦٦١ - ٢ إلى فقرة ٢٦٧٠) .

(٢) التزامات المؤمن له : ويلتزم المؤمن له بدفع أقساط التأمين في مواعييدها وبغير ذلك من الالتزامات التي ترتبها وثيقة التأمين .
ويصح الاتفاق في الوثيقة على إعفاء المؤمن من الضمان إذا كان المؤمن له دون رضا من المؤمن قد دفع إلى المضرور تعويضاً أو أقر به بالمسئولية . ولكن لا يجوز التمسك بهذا الاتفاق إذا كان ما أقر به المؤمن له مقصوراً على واقعة مادية . أو إذا ثبت أن المؤمن له ما كان يستطيع أن يرفض تعويض المضرور أو أن يقر له بحقه دون أن يرتكب ظمناً بيناً (١) .

٦٥٧- عمولة المؤمن بالمضرور : كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد ينص في المادة ٨٣٢ منه على ما يأتى : « لا يجوز للمؤمن أن يدفع لغير المصاب مبلغ التأمين المتفق عليه كله أو بعضه ما دام المصاب لم يعرض بما لا يجاوز هذا المبلغ عن الأضرار التي نشأت عنها مسئولية المؤمن له » . فكان هذا النص يجعل للمصاب (المضرور) دعوى مباشرة قبل المؤمن ، إذ كان يلزم المؤمن ألا يدفع لغير المضرور مبلغ التأمين ما دام المضرور لم يعرض . ومؤدى هذا النص أن المضرور الذى لم يتقاض التعويض من المسئول (المؤمن له) يستطيع أن يتقاضاء مباشرة من المؤمن في حدود مبلغ التأمين ، دون أن يشترك معه دائنو المؤمن له . لأنه يرجع على المؤمن بالدعوى المباشرة لا بدعوى المدين .

ولكن هذا النص قد حذف . وترك الأمر لقانون خاص يصدر فيما بعد . وحتى يصدر هذا القانون معيداً لهذا النص لا يمكن القول بأن للمضرور دعوى مباشرة قبل المؤمن . فلا يرجع على المؤمن إلا بطريق الدعوى غير المباشرة ، وذلك بأن يستعمل دعوى مدينه المؤمن له ، وفي هذه الحالة يشتركه دائنو المؤمن له شركة غرماء إذ هو لا يمتاز عنهم (٢) .

(١) أنظر في هذا المعنى المادة ٨٣١ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد ، وقد حذفت في لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ كما قدمنا .

(٢) ومع ذلك فقد قننت محكمة الاستئناف المختطة بأن المضرور في حادث أو خلفاءه يستطيعون الرجوع مباشرة على المؤمن للشخص المسئول عن هذا الحادث ، ويرتب على ذلك أنه عندما يثبت خطأ المسئول عن الحادث ثبوتاً صحيحاً ، فلا تستطيع شركة التأمين أن تدفع =

٦٥٨ - عرفة المؤمن بمن صدر منه الخطأ في التأمين على المسؤولية

عن عمل الغير : يحدث أن المؤمن له لا يكون هو من صدر منه الخطأ . ولكنه يكون مسئولاً عن عمل الغير الذي صدر منه الخطأ . ويتحقق ذلك في مسئولية المكلف بالرقابة عن هم في رقابته ومسئولية المتبوع عن التابع . فإذا دفع المسئول عن عمل الغير التعويض للمضرور . ورجع به على المؤمن ، ألا يجوز لهذا أن يرجع به على الغير الذي صدر منه الخطأ كما كان يرجع المسئول نفسه ؟

سنرى فيما يلي أنه إذا اجتمع للمضرور طريقان للتعويض أحدهما هو طريق التأمين . جاز له أن يجمع بينهما . فيرجع بالتعويض على الغير الذي ارتكب الخطأ لأن هذا الخطأ هو الذي تحققت به المسئولية . ويرجع على المؤمن بمبلغ التأمين بمقتضى عقد التأمين الذي دفع أقساطه . فهو يجمع بين الحقين لأن لكل حق مصدراً غير المصدر الذي قام عليه الحق الآخر ، فمصدر الحق في التعويض الخطأ الذي ارتكبه الغير . ومصدر الحق في مبلغ التأمين العقد الذي أبرمه مع المؤمن .

ولكن يغلب في العمل أن يشترط المؤمن في عقد التأمين أن ينزل المؤمن له عن دعواه قبل أن صدر منه الخطأ إلى المؤمن . فيكون هذا بمثابة الحلول الاتفاقي (١) . فإذا لم يوجد شرط كهذا لم يبق إلا تطبيق القواعد

= دعوى الضرر إلا في حدود مبلغ التعويض التفرغ عليه في عقد التأمين وهي الحدود المرسومة لشروطها (استئناف مخطط في ٨ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٧) . وانظر في هذا المعنى أيضاً : استئناف مخطط في ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٧ - وفي ١٩ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٠٥ .

والقول بأن للضرور دعوى مباشرة قبل شركة التأمين دون نص لا يمكن تبرجه وفقاً للقواعد العامة إلا عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير ، يقال إن المؤمن له عندما تعاقد مع شركة التأمين اشترط لصحة الضرر ، فصار لهذا حق مباشر قبل شركة التأمين . ويرجع في ذلك لوثيقة التأمين ليظهر هل يمكن أن يستخلص من نصوصها هذا الاشتراط .

(١) وقد نص القانون المدني الجديد على حلول قانوني فيما يتعلق بالتأمين من الحريق ، فنقضت المادة ٧٧١ بما يأتي : « يحل المؤمن قانوناً بما دفعه من تعويض عن الحريق في الدعاوى التي تكون للمؤمن له قبل من تسبب بفعاله في الضرر الذي نجمت عنه مسئولية المؤمن ، ما لم يكن من أحدث الضرر قريباً أو صهراً للمؤمن له ممن يكونون معه في معيشة واحدة أو شخصاً يكون المؤمن له مسئولاً عن أفعاله » . ولكن هذا النص خاص بالتأمين من الحريق ، وهو كما نرى يفتقر صراحة من الحلول إذا كان من أحدث الضرر شخصاً يعتد المؤمن له مسئولاً عن أفعاله .

العامّة . وتطبيقها يؤدي إلى أن المؤمن لا يحل محل المؤمن له في الرجوع على الغير الذي صدر منه الخطأ ، لا حلولاً اتفاقياً لأن عقد التأمين لم يرد فيه شرط الحلول . ولا حلولاً قانونياً لأن الحلول القانوني لا يكون إلا بنص والنص غير موجود (١).

§ ٣ - اجتماع طريقتي التعويض

٦٥٩ - كيف يجمع طريقاه للتعويض : قد يوجد لدى المضرور طريقتان يستطيع سلوكهما لتعويض ما أصابه من ضرر . مثل ذلك أن يكون قد أمن نفسه في إحدى شركات التأمين مما يصيبه من ضرر في جسمه أو في ماله عن طريق التأمين على الحياة أو التأمين من الحوادث أو التأمين من الحريق أو التأمين من الحسائر أو التأمين من المسؤولية . ومثل ذلك أيضاً أن يكون الضرر الذي يصيبه من شأنه أن يرتب له حقاً في نفقة أو إيراد في ذمة الغير . ونستعرض كلا من الحالتين : حالة اجتماع التعويض مع مبلغ التأمين وحالة اجتماع التعويض مع النفقة أو الإيراد (٢).

٦٦٠ - اجتماع التعويض مع مبلغ التأمين : إذا أصيب شخص بضرر في جسمه أو في ماله ، وكان مؤمناً نفسه من هذا الضرر ، فقد رأينا أن التحليل القانوني يؤدي إلى النتيجة الآتية : للمضرور حقان . حق قبل المسؤول عن هذا

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز للمؤمن أن يرجع باسمه عن طريق الدعوى المباشرة على المسؤول عن الضرر ، لا عسكاً بالقواعد العامة في المسؤولية المدنية ، ولا احتجاجاً بالحلول القانوني (استئناف مختلط في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٤٥ م ٧٤ - وانظر أيضاً : استئناف مختلط في ٢١ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ م ١٧٨) . ولكن يجوز أن يكون للمؤمن دعوى مباشرة إذا كان المؤمن له قد نزل للمؤمن عن دعواه (استئناف مختلط في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ م ٧٤ - وفي ٢١ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ م ١٧٨ - وفي ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ م ٢٧٢ - وفي ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ م ٢٧٨) . ومع ذلك فإن استئناف مختلط في ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ جازت ١٤ رقم ١٠ و ١٢ وسنعود إلى ذلك فيما يلي .

(٢) وقد يجتمع التعويض مع الدية في قانون تحقيق الجنايات الوطني القديم (أنظر م ٥٦ من هذا القانون) ، إذ التعويض غير الدية (محكمة الاستئناف الوطنية في ١١ مارس سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ م ٢٣٩ - محكمة أسبوط في ٧ أكتوبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢١ م ٥١) .

الضرر في التعويض ومصدر هذا الحق الخطأ الذي ارتكبه المسئول ، وحق قبل شركة التأمين في مبلغ التأمين ومصدر هذا الحق العقد الذي تم بينه وبين الشركة . فإذا كان مؤمناً على حياته أو على ما عسى أن يصيبه من جراء الحوادث . ووقع الضرر الذي أمن نفسه منه . فهو - أو ورثته - يرجع بمبلغ التأمين على الشركة وبالتعويض على المسئول عن الحادث . ويجمع بذلك بين الحقين كذلك إذا كان مؤمناً على منزله من الحريق . أو على بضاعته من الغرق ، أو على مسئوليته إذا تحققت ، كان له أن يرجع بمبلغ التأمين على الشركة وبالتعويض على من كان مسئولاً عن إحراق المنزل أو إغراق البضاعة أو تحقيق المسئولية ، ويجمع بذلك في هذه الحالات أيضاً بين الحقين .

ولا يجوز الاعتراض على هذا التحليل القانوني بأن المضرور يكون بذلك قد جمع بين تعويضين عن ضرر واحد ، ذلك أنه لم يتقاض إلا تعويضاً واحداً من المسئول عن الضرر الذي أصابه . أما مبلغ التأمين فليس مقابلاً للتعويض ، بل هو متقابل لأقساط التأمين التي دفعها للشركة (١).

(١) وإذا كان عقد التأمين عقداً احتمالياً بالنسبة إلى المؤمن له - فهو قد يتقاضى مبلغاً أكبر من مجموع الأقساط التي دفعها إذا وقع الحادث المؤمن منه وقد لا يتقاض شيئاً أصلاً إذا لم يقع - فإن المقد بالنسبة إلى الشركة ليس بالمقد الاحتمالي لأن الشركة تعرض خسارتها عند بعض المؤمن لهم بحسبها عند بعض آخر ، وهي في مجموع صفقاتها غير خاسرة ، وقد أهملت عملها على هذا الأساس . أما الحادث المؤمن منه فليس حادثاً تعرض عنه شركة التأمين ، بل هو شرط يجب على الشركة عند تحققه أن تدفع للمؤمن له مبلغ التأمين .

إذن يجب التسليم بأن المضرور يستطيع أن يجمع بين الحقين ، حقه في التعويض ضد المسئول وحقه في مبلغ التأمين ضد الشركة . وكل من الحقين له مصدر مستقل عن مصدر الحق الآخر ، فأحدهما مصدره العمل غير المشروع والآخر مصدره العقد .

وإذا كان التشريع الفرنسي الصادر في ١٣ يولية سنة ١٩٣٠ قد نص في المادة ٣٦ منه ، في التأمين على الأشياء ، على حلول شركة التأمين محل المضرور في الرجوع على المسئول بمقدار مبلغ التأمين الذي دفعته الشركة ، فليس ذلك إلا مراعاة لاعتبار عملي هو ألا يكون التأمين على الأشياء مصدر ربح للمؤمن له ، فيتقاضى التعويض ومبلغ التأمين معاً ، لئلا يفره ذلك على إقبال الشيء الذي أمن عليه . وإذا كان هذا التشريع في المادة ٥٥ منه ، في التأمين على الأشخاص قد نص على عدم حلول شركة التأمين محل المضرور في الرجوع على المسئول ، فذلك إنما هو رجوع إلى تطبيق القواعد العامة من جواز الجمع بين الحقين كما قمنا ، بعد أن اتفق الاعتبار العملي الذي كان يمنع من الجمع بينهما ، إذ قل أن يصيب الشخص نفسه طعماً في مبلغ التأمين ، وإذا هو فعل فن السهل اقتضاه أمره .

كذلك لا يجوز لشركة التأمين أن ترجع على المسئول بتعويض بمحجة أن خطئه هو الذى ألزمها بدفع مبلغ التأمين للمضرور ، ذلك أن الذى ألزمها بدفع مبلغ التأمين ليس هو خطأ المسئول بل هو عقد التأمين (١) .

٦٦١- اجتماع التعويض مع النفقة أو الابدال : قد يكون الضرر

الذى أوجب التعويض للمضرور سبباً في ترتيب حق آخر له . مثل ذلك عامل في مصنع تسبب عامل آخر في إصابته ، فيستحق العامل المضرور قبل رب المصنع مبلغاً يقدره قانون إصابات العمل جزافاً كما رأينا ، ويستحق في الوقت ذاته تعويضاً كاملاً قبل العامل المسئول عن الحادث . فقول له أن يجمع بين

= وقد طبق القانون المدنى الجديد مبدأ عدم حلول الشركة محل المؤمن له في التأمين على الحياة ، نص في المادة ٧٦٥ على أنه « في التأمين على الحياة لا يكون للمؤمن الذى دفع مبلغ التأمين حق في الحصول محل المؤمن له أو المستفيد في حقوقه قبل من تسبب في الحادث المؤمن منه أو قبل المسئول عن هذا الحادث » . ويتبين من هذا النص أن المؤمن له ، في التأمين على الأشخاص ، يجمع بين مبلغ التعويض ومبلغ التأمين . كذلك قرر القانون الجديد مبدأ حلول الشركة محل المؤمن في التأمين من الحريق ، فقد رأينا أن المادة ٧٧١ تنص على أنه « يحل المؤمن قانوناً بما دفعه من تعويض عن الحريق في الدعاوى التى تكون للمؤمن له قبل من تسبب بفعله في الضرر الذى نجمت عنه مسؤولية المؤمن ، ما لم يكن من أحدث الضرر قريباً أو صهراً المؤمن له ممن يكونون معه في معيشة واحدة أو شخصاً يكون المؤمن له مسئولاً عن أفعاله » . ويتبين من هذا النص أن المؤمن له ، في التأمين على الأشياء ، لا يجمع في الأصل بين الحقين ، وأن الشركة تحل محله في الرجوع على المسئول إلا إذا كان التأمين يشمل ضماً .

(١) وقد رأينا محكمة الاستئناف المختلطة تضى بأنه لا يجوز للمؤمن أن يرجع باسمه عن طريق الدعوى المباشرة على المسئول عن الضرر ، إلا إذا كان المؤمن له قد نزل عن دعواه (أنظر آتاهما فقرة ٦٥٨ في الهامش) . وقد قضت أيضاً ، في ظل القانون القديم حيث لا يوجد نص على حلول المؤمن محل المؤمن له في التأمين على الأشخاص ، بأن المؤمن له ، حتى لو تقاضى مبلغ التأمين من المؤمن ، يحتفظ مع ذلك بمحقة في الرجوع بالتعويض على من أحدث الضرر ، سواء في ذلك التأمين على الأشياء والتأمين على الأشخاص (استئناف مختلط في ٢١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٥٦) . وقضت كذلك بأن المسئول عن الحريق لا يستطيع أن يتخلص من نتائج هذه المسؤولية قبل المضرور بدعوى أن المضرور قد أمن على نفسه من حريق . بل ولا يحجة أنه قد استولى على مبلغ التأمين من المؤمن (استئناف مختلط في أول مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٠) . ومع ذلك فقد فسرت هذه المحكمة بأنه لا يصح ، كبداً عام ، المازعة في حق المؤمن في الرجوع ، باسمه أو باسم المؤمن له ، بدعوى المسؤولية على المسئولين عن وقوع الحادث المؤمن منه (استئناف مختلط في ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ جازت ١٤ رقم ١٠ ص ١٢ وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم) .

التعويضين؟ مثل آخر شخص أصيب بما أقعده عن العمل ، فاستحق تعويضاً قبل المسئول عن هذه الإصابة ونفقة عند من تجب عليه النفقة له بسبب عجزه عن العمل ، فهل يجمع بين التعويض والنفقة ؟

يختلف الأمر هنا عن حالة اجتماع التعويض مع مبلغ التأمين . فقد قدما أن مبلغ التأمين ليس مقابلاً للتعويض ، بل هو مقابل لأقساط التأمين التي سبق دفعها . ولكن المبلغ الجزافي الذي يدفعه رب المصنع للعامل عند إصابته ، والنفقة التي يدفعها من تجب عليه النفقة ، لا مقابل لما إلا عجز المضرور عن العمل بسبب الحادث الذي أصابه . فالصيغة الغالبة عليهما هي التعويض عن هذا العجز . لذلك لا يجوز أن يجمع المضرور بين تعويضين . فهو إذا تقاضى التعويض الجزافي أو النفقة . لم يرجع على المسئول إلا بما بقى من الضرر دون تعويض ، ويرجع رب المصنع أو الملزوم بالنفقة على المسئول بما التزم بدفعه للمضرور لأن المسئول هو المنسوب في ذلك (١) . أما إذا رجع المضرور بكل التعويض على المسئول . فلا يجوز له أن يرجع بشيء على صاحب المصنع (٢) أو الملزوم بالنفقة .

كذلك لا يستطيع الموظف ، إذا أصيب في حادث تكون الحكومة مسئولة

(١) محكمة مصر الجزئية المختطة في ٢٨ مارس سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ٢٠٩ س ٢٠٠ — فرن استئناف مختلط في ١٥ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ س ١٦٥ .

(٢) كذلك لا يجوز الجمع بين مطالبة رب المصنع بالتعويض بمقتضى قانون إصابات العمل والتعويض طبقاً للقواعد العامة في المسئولية . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز الجمع بين أحكام قانون إصابات العمل باعتباره من القوانين الخاصة وأحكام القانون العام في المطالبة بتعويض الضرر المدعى به ، لأن القانون الأول مجال تطبيق الأحوال التي أراد فيها المشرع أن يرعى جانب العامل نظراً لخطار العمل بعدم تحميله عبء إثبات خطأ صاحب العمل أو تقصيره عند المطالبة بالتعويض . فإذا ما لجأ العامل إلى أحكام هذا القانون واتخذها سنداً له في طلب التعويض ، فإنه لا يصح له بمقتضى المادة الرابعة أن يتمسك بأى قانون آخر ضد صاحب العمل ما لم يكن الحوادث المطلوب عنه التعويض قد نشأت عن خطأ فاحش . ولكن إذا كان المدعى بطلب التعويض على قانون إصابات العمل ، ثم طالب بتعويض بناء على قواعد المسئولية العامة ، وطلب المحكم له بالتعويضين على اعتبار أنها طلبان أصليان ، فاستبعدت المحكمة تطبيق قانون إصابات العمل ، فإنه يكون من التعيين عليها أن تنظر في الطلب المؤسس على القانون العام (نفس مدنى في ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٦ س ٤٣٦) .

عنه ، أن يجمع بين التعويض الكامل عن هذا الحادث وبين معاش استثنائي يرتبه القانون على سبيل التعويض ، بل يجب إنقاص مبلغ المعاش الاستثنائي . سواء كان في صورة إيراد مدى الحياة أو في صورة مكافأة إجمالية . من مبلغ التعويض الكامل المستحق لتوظيف (١) . لكن إذا قبض الموظف معاشه العادي طبقاً لقانون المعاشات ، فإنه يستطيع الجمع بينه وبين التعويض الكامل ،

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حادث ودة المستخدم التي يترتب عليها التزام الحكومة بالمكافأة الاستثنائية لأزمته وأولاده بموجب قانون المعاشات قد يترتب عليها أيضاً التزام من يكون مسؤولاً عن الحادثة بالتعويض الذي يستحق بموجب القانون المدني . ولما كان قانون المعاشات قد رتب استحقاق المكافأة الاستثنائية على وقوع الحادثة ، وأجاز زيادتها تبعاً لظروف الحال ، فإنه يكون قد بين أن غرضه هو أن يجوز بقدر معلوم الضرر الواقع لأزمة المستخدم وأولاده . فهذان الالتزامان ، وإن كانا غطلفين في الأساس القانوني ، هما متحداً في الغاية ، وهي جبر الضرر الواقع للضرر . وهذا الجبر ، وإن وجب أن يكون كاملاً مكافئاً ل مقدار الضرر ، فإنه لا يجوز أن يكون زائداً عليه ، إذ أن كل زيادة تكون إضراراً لا سبب له . ومن ثم فإنه عند ما تكون الحكومة مثولة أيضاً عن التعويض الذي أساسه القانون المدني يكون من التبعين خصم مبلغ المكافأة الاستثنائية من كامل مبلغ التعويض المدني المستحق . وهذا الظرف يتفق وما قرره الشارع في حالة مماثلة ، فإن قانون إصابات العمل رقم ٦٤ سنة ١٩٣٦ الذي قرر التزام صاحب العمل - على غرار التزام الحكومة بقانون المعاشات - بأن يدفع بقدر معلوم كذلك تعويضاً للعامل المصاب ، نص على عدم الجمع بين هذا التعويض والتعويض المستحق بموجب القانون المدني (نقض مدني في ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٥ ص ٢٥١) . وقضت أيضاً بأن استناد الحكم المطعون فيه إلى المادة ٣٣ من قانون المعاشات (رقم ٥ لسنة ١٩٠٩) دون المادة ٣٩ منه لا يؤثر على سلامة النظر الذي ذهب إليه باعتبار أن المكافأة التي منحتها الطاعة المطعون عليه هي مكافأة استثنائية بقدر معلوم استحقها وفقاً لهذا القانون كتعويض على مجرد الإصابة التي لحقته وأقدمته عن مواصلة العمل في خدمة الحكومة ، وأن حقه في التعويض الكامل الجابر للضرر الذي لحقه يظل مع ذلك قائماً وفقاً لأحكام القانون المدني إذا كانت هذه الإصابة قد نشأت من خطأ تسأل عنه الطاعة (نقض مدني في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ طعن رقم ٣٤ سنة ١٨ قضائية) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن المعاش الخاص المقرر لرجال الجيش بقانون المعاشات العسكرية رقم ٥٩ لسنة ١٩٣٠ عند إصابتهم بعمل العدو أو بسبب حوادث في وقائع حرية أو في مأموريات أمروا بها لا علاقة له بالتعويض الذي يستحقه صاحب المعاش قبل من سبب له الإصابة عن عمد أو تقصير منه ، وذلك لاختلاف الأساس القانوني للاستحقاق في المعاش عنه في التعويض (نقض جنائي في ٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر الجنائية ٥ رقم ٣١٧) . وهذا الحكم قد حاد عن المبدأ الصحيح الذي قررناه ، وقد اتفقه بحق الدكتور سابعان مرقص في تعليقه المنشور بمجلة القانون والاقتصاد ١٧ العدد الثاني .

لأن المعاش العادى كمبلغ التأمين إنما استحق لقاء الاستقطاعات الدورية التى أخذت من مرتب الموظف (١).

أما إذا كان الضرور قد تلقى صدقة أو إحساناً من الغير مواساة له فيما أصابه من ضرر ، فلا يجوز للمستول أن ينقص من مبلغ التعويض الذى يلزمه مقدار هذه الصدقة ، فإن صاحب الصدقة قد تبرع بها للضرور لا للمستول .

الفصل الثانى

المسئولية عن عمل الغير

والمسئولية الناشئة عن الأشياء

٦٦٢ - المسئولية تقوم لا على خطأ واجب الإثبات بل على خطأ

مفترض : بسطنا قواعد المسئولية بوجه عام ، فاستعرضنا أركانها وفصلنا أحكامها . وجرينا فيما قدمناه على أن الخطأ الذى تقوم عليه المسئولية هو خطأ واجب الإثبات ، يثبت مدعى المسئولية وهو الضرور .

وننتقل الآن إلى حالات خاصة فى المسئولية يجمعها أنها تقوم كلها لا على خطأ واجب الإثبات ، بل على خطأ مفترض على خلاف فى الرأى سنفصله فيما يلى . وقد توخى المشرع فيها أن ييسر على الضرور التعويض عما أصابه من الضرر ، فأزاح عن عاتقه عبء إثبات الخطأ .

وقد قسم القانون المدنى الجديده هذه الحالات إلى قسمين : قسم للمسئولية عن عمل الغير وآخر للمسئولية الناشئة عن الأشياء . ونستعرض كلا منهما .

(١) حضر مدنى فى ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ٩٥ ص ٢٥١ وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم فى الحاشية السابقة . ويقرر المحكم ، فى المسألة التى نحن بصددنا ، ما بأتى : « ولكن المكافأة العادية التى تستحقها ورثة المستخدم عند وفاته وقاة طبيعية ، والى لا علاقة لها بالمادنة ولا بالتعويض المتحق عنها ، فهذه تبقى مستحقة لاورثة بالإضافة إلى التعويض » .

الفرع الأول

المسئولية عن عمل الغير

٦٦٣ - **مآلته** : يكون الشخص مسئولاً عن عمل الغير في حالتين :

(الحالة الأولى) هي حالة من تجب عليه رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة ، ويكون مسئولاً عن الأعمال الصادرة من هذا الشخص .
(والحالة الثانية) هي حالة المتبوع ويكون مسئولاً عن أعمال التابع .

المبحث الأول

(*) **مسئولية من تجب عليه الرقابة عن م في رقابته**

(Responsabilité du surveillant du fait de son surveillé)

٦٦٤ - **النصوص القانونية** : كانت المادة ١٥١ من القانون المدني

الوطني القديم تنص على ما يأتي :

«وكذلك يلزم الإنسان بضرر الغير الناشئ عن إهمال من هم تحت رعايته أو عن عدم الدقة والانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته إياهم» .

وكانت المادة ٢١٣ من القانون المدني المختلط القديم تنص على ما يأتي :

«يلزم الشخص كذلك بضرر الغير الناشئ عن تقصير من هم في رعايته أو عن إهمالهم أو عن عدم الدقة والانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته إياهم» .

(*) **بعض المراجع** . بولانون (Beaulaton) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ - كومبسكير

(Combescura) رسالة من مونيبلية سنة ١٩٣٧ - كورتو (Courteaud) رسالة من

جرينوبل سنة ١٩٣٨ - جرومير (Grosmaître) رسالة من ليون سنة ١٩٣٨ - جانبيير

(Jeanpierre) رسالة من نانسى سنة ١٩٣٨ - بيرون (Piron) رسالة من ديجون سنة ١٩٣٩ -

ألبيرتى (Alberty) رسالة من إكس سنة ١٩٤٢ - الموجز المؤلف فقرة ٣٤٥ - فقرة

٣٤٨ - مصطفى مرعى بك في المسئولية المدنية فقرة ١٤٨ - فقرة ١٩٢ - الدكتور

حسنت أبو سنيت بك فقرة ٤٩٧ - فقرة ٥١٣ - الدكتور سليمان مرقس في الفعل الضار

فقرة ٧٤ - فقرة ٨٧ .

وكانت هذه النصوص معينة من وجوه متعددة : (١) فهي من حيث الصياغة كانت قلقة مضطربة . إذ تعرض تارة لمسئولية متولى الرقابة عنهم تحت رعايته بناء على خطأ مفترض . وتعرض تارة لمسئولية متولى الرقابة بناء على خطأ ثابت في جانبه . مع أن المقصود هو المسئولية الأولى (١) . (٢) ثم هي لم تبين في أى الأحوال وبأى الشروط يصبح الشخص متولياً الرقابة على غيره . (٣) وهي أخيراً لم توضح أساس المسئولية . وهل هي قائمة على خطأ مفترض . وهل هذا الافتراض يقبل لإثبات العكس (٢) . فجاء القانون المدني الجديد بنصوص تجنب فيها هذه العيوب ، إذ نص في المادة ١٧٣ على ما يأتي :

« ١ - كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية . يكون ملزماً بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز » .

« ٢ - ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة . أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته . وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة . ما دام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف . وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج » .

« ٣ - ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية (٣) » .

(١) انظر للمؤلف فقرة ٣٤٥ .

(٢) ومع ذلك فإن هذه النصوص ، على ما فيها من عيوب ، كانت خيراً من مثيلها في القانون المدني الفرنسى (م ١٣٨٤) التى لم تضع قاعدة عامة ، بل اقتصرت على ذكر طوائف من المسئولين على سبيل الحصر (أنظر ملزوم ١ فقرة ٧١٢ - فقرة ٧١٩) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

« ١٥ - كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير » .

ونبحث في صدد هذا النص أمرين : (١) متى تتحقق مسئولية متولى الرقابة (٢) الأساس الذى تقوم عليه هذه المسئولية .

= عمله غير المشروع . ويبقى هذا الالتزام دائماً حتى لو كان من وقوع منه العمل الضار غير مميز .

٢ - ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً حتى لو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية . وفى لجنة المراجعة عدلت المادة ، مد أن أصبح رقمها ١٧٧ فى المشروع التهنأت ، على الوجه الآتى :

« ١ - كل من تولى رقابة شخص فى حاجة إلى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويتربط هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز . ٢ - ويعتبر القاصر فى حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة أو بلغها وكان فى كف القائم على تربيته . وتنقل الرقابة على القاصر إلى معلمه فى المدرسة أو فى الحرفة ما دام القاصر تحت إشراف المعلم . وتنقل الرقابة عن الزوجة القاصرة إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج . ٣ - ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية . وقد قام هذا التعديل على الاعتبارين الآتين : (أولاً) تحجب جعل المسئولية على من يجب عليه قانوناً رقابة شخص ، فإن هذا من شأنه أن يشير فكرة الولاية على النفس وأحكامها فى الشريعة الإسلامية بما قد لا يتفق تماماً مع فكرة الرقابة فى القانون الحديث . (ثانياً) حدد فى التعديل إلى أى سن يكون العصى فى حاجة إلى الرقابة ومنى تنتقل الرقابة إلى المعلم فى المدرسة أو فى الحرفة وإلى من تنتقل الرقابة على الزوجة القاصر . وقد أشير فى لجنة المراجعة إلى تدرج فى الشدد فى افتراض الخطأ ، فتارة يفتى الافتراض بإثبات عدم الخطأ ، وضوراً بإثبات عدم القدرة على منع العمل غير المشروع ، وثالثة بإثبات السبب الأجنبى وهذا يفتى علاقة السببية لا يفتى افتراض الخطأ . ويبدو عند التأمل أن دفع المسئولية إنما يكون بأحد أمرين : إما بفتى الخطأ وإما بفتى علاقة السببية . ففى الحالة الأولى من هذه الحالات الثلاث المتدرجة قد انتفى الخطأ ، وفى الحاليتين الثانية والثالثة قد انتفت علاقة السببية (أنظر : قض مدنى فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١/٩٠ ص ١٩٨ وسنعود إلى هذا الحكم فيما يلى) . وقد وافق مجلس النواب على النص كما ورد فى المشروع التهنأت . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ جرت مناقشات صولية انتهت إلى إضافة كلمة «المعرف» فى الفقرة الثانية وإلى استبدال عبارة «كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص» بعبارة «كل من تولى رقابة شخص» لأن مناط المسئولية هو وجود التزام بالرقابة والالتزام فى هذه الحالة إما أن يكون صدره الاعتراف أو نص القانون . وأصبح رقم المادة ١٧٣ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥ : - - ص ١٢ :) .

المطلب الأول

متى تتحقق مسئولية متولى الرقابة

٦٦٥ - شرطان لنقص المسؤولية : تتحقق المسؤولية إذا تولى شخص

الرقابة على شخص آخر ، وصدر ممن هو تحت الرقابة عمل غير مشروع ثبت في جانبه فأوجب مسؤوليته . ومن ثم يكون متولى الرقابة مسؤولا عن هذا العمل غير المشروع .

فتتحقق المسؤولية يستلزم إذن شرطين : (١) تولى شخص الرقابة على شخص آخر . (٢) صدور عمل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة .

§ ١ - تولى الرقابة

٦٦٦ - الالتزام بالرقابة : لا تتحقق المسؤولية إلا إذا قام التزام بالرقابة . ومصدر هذا الالتزام إما أن يكون القانون أو الاتفاق كما يقول النص . مثل القانون الأب يتولى رقابة ابنه ، ومثل الاتفاق مدير مستشفى للأمراض العقلية يتولى رقابة مرضاه . فلا يكفي إذن أن يتولى شخص بالفعل رقابة شخص آخر حتى يكون مسؤولا عنه . بل يجب أن يكون هناك التزام قانوني أو اتفاق بتولى هذه الرقابة . وقيام هذا الالتزام هو الذي ترتب عليه مسئولية متولى الرقابة .

وعلة هذا الالتزام كما جاء في النص ، حاجة الشخص الموضوع في رقابة غيره إلى هذه الرقابة ، إما بسبب قصره . وإما بسبب حالته العقلية . وإما بسبب حالته الجسمية . فالقاصر في حاجة إلى الرقابة بسبب قصره . واجنون والمعتوه وذو الغفلة في حاجة إلى الرقابة بسبب حالته العقلية . والأعمى والمقعّد والمشلول في حاجة إلى الرقابة بسبب حالته الجسمية . ومن هؤلاء من يتولى القانون إقامة رقيب عليهم . كالقاصر واجنون والمعتوه وذو الغفلة يضعهم القانون في رقابة الآباء أو أوليائه النفس . ومهم من تقوم الرقابة عليه بالاتفاق مع متولى الرقابة ، كمدير المستشفى والممرض يتفق

معهما على تولى رقابة المرضى (١) .

أما الرقابة التي لا تقوم بسبب التضرر أو الحالة العقلية أو الحالة الجسمية ، كرقابة السجناء على المسجونين ورقابة رئيس الحزب السياسى على أعضاء حزبه (٢) ، فلا تترتب عليها هذه المسئولية .

٦٦٧ - الحالات التي يقوم فيها الالتزام بالرقابة: لم يخصص القانون

الحالات التي يتولى فيها شخص الرقابة على غيره ، واكتفى بأن قرر أن هذه الحالات تقوم إذا قام التزام بالرقابة قانوناً أو اتفاقاً. والرقابة في الأصل تقوم على القاصر . فإذا بلغ سن الرشد انحلت عنه . إلا إذا وجد ما يدعو لبسط الرقابة عليه وهو بالغ . فتستعرض إذن هاتين الحالتين : حالة القصر وحالة البلوغ

(١) القاصر : أظهر حالات الرقابة هي كما قدمنا حالة القاصر . وقد عني

المشرع بها فخصص لها الفقرة الثانية من المادة ١٧٣ إذ يقول : « ويعتبر القاصر في حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة . أو بلغها وكان في كنف القائم على تربيته . وتنقل الرقابة على القاصر إلى معلمه في المدرسة أو المشرف

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما أتى : « يفصل نس المشروع ماورد من النصوص في التقنين المصرى المحالى من وجوه ثلاثة . فهو يحدد أولاً فكرة الرقابة تحديداً بئناً . ويراعى أن نصوص التقنين المحالى ، وإن كانت تفضل من هذه الناحية نصوص التقنين الفرنسى ، من حيث تدارك ما اعتور أحكام هذا التقنين من نقص في بيان من لهم حق الرقابة ، إلا أنها في صياغة هذه الفكرة قد بالفت في الإيجاز والاقتضاب . وقد عمد المشروع إلى تحليل الالتزام بالرقابة ، فبين علته ومصدره . فقد يحتاج الإنسان إلى الرقابة إما بسبب قصره ، وإما بسبب حالته العقلية أو الجسمية . ولهذا يشرف الأب أو من يقوم مقامه على ابنه القاصر مابقى الابن محتاجاً إلى الرقابة . ويقدر القاضى تبعاً للظروف ما إذا كانت حاجة القاصر إلى هذه الرقابة لازماً قائمة . وكذلك يقوم مباشر العمل على رقابة صبيانه ، والمعلم على رقابة تلاميذه ، والريب أو المرض على رقابة من ينط به رقابتهم من المجانين أو الزمنى ، مابقى هؤلاء الأشخاص جميعاً في حاجة إلى تلك الرقابة بسبب حالتهم العقلية أو الجسمية . أما فيما يتعلق بمصدر الالتزام بالرقابة فهو في الأصل نس القانون ، فأحكام قانون الأحوال الشخصية هي التي تلقى عبء الرقابة على الأب أو الأم أو الوصى على حسب الأحوال . وقد يفرض الالتزام بالرقابة بمقتضى اتفاق خاص ، كما هو الشأن في المدارس . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠٦ - ص ٤٠٧) .

(٢) وقد قضت محكمة القاهرة الجزئية المختلطة بأن رئيس الحزب السياسى لا يعتبر مسئولاً لا عن الأعمال الجماعية لحزبه ولا عن الأعمال الفردية لأعضاء الحزب (١٥ يونيو سنة ١٩١٠ جازيت ١ ص ١٥٩) .

في الحرفة ما دام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف ، وتنقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج .

فالقاصر إلى سن الخامسة عشرة - وهي سن بلوغ الحلم في الشريعة الإسلامية - يعتبر في حاجة إلى الرقابة إطلاقاً . ويكون عادة حتى بلوغ هذه السن في كنف من يقوم بتربيته . والذين يقومون بتربيته هم أولاً الأب إذا وجد ، فهو الولي الشرعي على النفس . وهو المكلف قانوناً بالرقابة على ولده . فإذا لم يوجد الأب تولى الرقابة القائم على تربية الولد . ويكون عادة ولي النفس من جد أو عم أو غيرهما . وقد تنتقل تربية الولد . ولو بطريق الاتفاق الضمني ، من ولي النفس إلى الأم . وذلك كله إلى سن الخامسة عشرة . فإن بلغها الولد ، وتحرر فوق ذلك من قيود التربية . ولم يعد يعيش في كنف أحد . وأصبح يكسب عيشه بنفسه . فلا يكون أحد مسئولاً عنه . وهذه مسألة واقع لا مسألة قانون . أما إذا بقي يعيش في كنف من يقوم على تربيته بعد بلوغه الخامسة عشرة - وعبء الإثبات هنا على مدعى المسئولية - فالقائم على تربيته هو متولى الرقابة عليه . قانوناً إن كان ولي النفس واتفاقاً إن كان غيره ، ويبقى مسئولاً عنه إلى أن يبلغ الولد سن الرشد . أو إلى أن يتفصل في معيشة مستقلة فلا يعود يعيش في كنف أحد ويتحرر من قيود الرقابة . والاستقلال في المعيشة هنا لا يعني حتماً الاستقلال في المسكن ، فقد يكون الولد مقبياً مع أبيه في مسكن واحد ولكنه مستقل عنه في المعيشة وليس للأب إشراف على تربيته فلا يكون مسئولاً عنه ، وقد لا يكون الولد مقبياً مع أبيه في مسكن واحد ولكن الأب يبقى مشرفاً على تربيته فيكون مسئولاً (١) .

(١) وكان القانون المدني القديم ، كما رأينا ، غير صريح في بيان الأحوال والشروط التي يعتبر فيها الأب متولياً للرقابة على ابنه . ومن ثم اضطرت أحكام القضاء في ذلك . فمنهاك من الأحكام ما سائر القانون المدني الفرنسي (م ١٣٨٤) ، فجعل الأب متولياً للرقابة على ابنه ما دام الابن قاصراً لم يبلغ سن الرشد وكان مقبياً مع أبيه . من ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر الوطنية من أن الأب يبقى مسئولاً مدنياً عن الأضرار التي تحصل من ابنه إلى حين بلوغه سن الرشد ، ولا يشترط لتحقيق هذه المسئولية إلا إدامة القاصر مع أبيه (٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ رقم ٤٩٤ من ٩٩٠ - أنظر أيضاً : استئناف مصر الوطنية في ٧ مارس سنة ١٩٣٣ الحاماة ١٤ رقم ١٧٨/٢ من ٣٥١) - وقضت كذلك بأن رقابة الأب تقدم على أمه تحقيقاً لمبدأ إيجين : أولها إذا كان الابن ...

ونرى من ذلك أن القاصر إلى سن الخامسة عشرة يجب أن يكون في رقابة أحد هو المسئول عنه ، ويكون الأب ، فإن لم يوجد فولي النفس . إلا إذا

= والثاني إذا كان قاصراً عن درجة البلوغ (استئناف مصر الوطنية في ٢ مايو سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٦١٠ من ١٣٨٥) . وقضت محكمة أسبوط السككية بأنه لا كان منشأ مسئولية الآباء عن أعمال أبنائهم سلطة الآباء سالفة الذكر ، فتكون هذه المسئولية ملازمة لهذه السلطة ، فتزول بزوالها ، وتقوم بوجودها . ولهذا قيد الشارع الفرنسي هذه المسئولية في المادة ١٣٨٤ بقين ، الأول إقامة الوالد مع ابنه ، ومانعها كون الابن قاصراً . فإذا كان الولد رشيداً يدير أمور نفسه ، أو كان الولد غير مقيم مع والده كأن ألحق بالجيش قبل بلوغه سن الرشد ، أو كان والده غائباً عنه غيبة منقطعة ، فلا سلطة للأب في هذه الأحوال ، وبالتالي فلا مسئولية (٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٢٢ من ٢٥٥) . وقضت محكمة الاستئناف المختصة بالأما مسئولية على الأب عن أعمال ابنه الذي بلغ سن الرشد (استئناف مختلط في ٣ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ من ٨٣) .

وهناك أحكام ربطت تولي الأب الرقابة على ابنه بسن الولاية على النفس وهي خمس عشرة سنة . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن المادة ١٥١ من القانون المدني (القديم) إذ نصت في الفقرة الثانية على مساءلة الإنسان عن تعويض الضرر الناشئ ، للغير ، عن إهمال من هم تحت رعايته ... قد دلت بوضوح على أن هذه المسئولية التي قررتها استثناء وخروجاً على الأصل إنما تقوم على مال المسئول من سلطة على من باشر ارتكاب الفعل الضار وما تقتضيه هذه السلطة من وجوب تعهده بالحفظ والمراقبة لمنع الضرر عنه ومنعه من الإضرار بالغير . وإذا كانت السن إحدى موجبات الحفظ ، فأنت المسئولية من ناحيتها هو كون سن من باشر ارتكاب الفعل الضار يقضي وضعه تحت حفظ غيره ، ولا اعتبار هنا لسن المحددة في القانون للولاية على المال ، فإن الحفظ (garde) الذي هو أساس المسئولية بمعناه لغة وقانوناً متعلق مباشرة بشخص الموضوع تحت الحفظ ، إذ قد يكون الإنسان قاصراً فيما يختص بماله ، ومع ذلك لا ولاية لأحد على نفسه ، ولا سلطة فيما يختص بشخصه . وإذن ففي دعوى التعويض المرفوعة على مقتضى المادة المذكورة لا يكون تعرف من وقع منه الضرر إلا لمعرفة هل هذه السن توجب وضعه تحت حفظ من رفعت عليه الدعوى أم لا . فالمحكم إذا أسس قضاءه برفض دعوى التعويض المرفوعة على والد المتهم على ما تبينته المحكمة من أن المتهم قد تجاوزت سنه الحد الذي تنتهي به ولاية أبيه على نفسه ، يكون قد أصاب ولم يخطئ (نقض جنائي في ٤ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٠٠ من ٣٢٦) . وقضت في حكم آخر بأن الحكم المطعون فيه إذ اعتبر الوالد مسئولاً عن عمل ابنه بعد أن كان قد تجاوز الخامسة عشرة من عمره ، وكانت سنه وقت الحادثة أكثر من تسع عشرة سنة ، وإذ قال إن الابن يبقى في حفظ أبيه حتى يبلغ إحدى وعشرين سنة ، يكون قد أخطأ ، لأن حق الحفظ بالنسبة لصغير مرتبط بالولاية على النفس ، وينتهي بانتهائها ، ولا شأن له بالمال ولا بسن الولاية على المال (نقض جنائي في ٣ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ من ٣٢٦ في الخامس ، القضية رقم ٧٥٨ سنة ٦٣ قضائية — وانظر أيضاً : نشر جنائي في ١٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عامر ٢-٢٧-٢١ =

انتقلت الرقابة اتفاقاً إلى الأم (١) أو إلى غيرها . وبعد أن يبلغ الولد الخامسة عشرة . فإن ظل يعيش في كنف من يقوم على تربيته بنى هذا مشولاً عنه ، إلى أن يتفصل الولد في معيشة مستقلة أو إلى أن يبلغ سن الرشد .
والولد وهو في كنف القائم على تربيته يكون في مرحلة التعليم . فإن ذهب إلى المدرسة انتقلت الرقابة عليه - وقت وجوده بالمدرسة فقط - إلى معلم

والمعلم تعليق الدكتور سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ١٦ ص ١٤٥ - ١٦١ .
وتعليقاً له آخر في مجلة القانون والاقتصاد ١٩ المدين الأول والثاني . وقضت محكمة الإسكندرية السككية الوطنية بأن الولد لا يكون تحت رعاية الأب متى تجاوز الخامسة عشرة من عمره أخذاً برأى الصالحين في الولاية على النفس ، ويكون مشولاً وحده عن كل أعماله المتعلقة بنفسه والتي لا علاقة لها بأمواله ، فيسأل عن عدم احتياجه وإهماله ، كما أنه ابتداء من هذه السن أيضاً مشول عن جرائمه كما تنص بذلك المادة ٦٦ عقوبات . وعلى ذلك كان من الخطأ القول بمسؤولية الأب حتى بلوغ الابن سن الرشد القانوني ، أي سن الحادية والعشرين (١١) بولية سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢١٩ ص ٤٢٠ - أنظر أيضاً : محكمة السيدة زينب في ١٤ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦ ص ٥٩ - محكمة دكرنس في ٢٦ يونية سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤ ص ١٠٨ .

وهناك حكم أخذ بما استقر عليه القانون المدني الجديد ، إذ قضت محكمة المطارين بأن مسؤولية الأب عن ابنه لا تقتصر بعد بلوغ الابن سن الواحدة والعشرين ، وإنما يحتفظ القاضي بحرية التقدير فيما بين الخامسة عشرة والواحدة والعشرين (٢٥) بولية سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٥ رقم ٢/١٣٧ ص ٢٩٩ . وقرب من هذا حكم محكمة الاستئناف الوطنية المنشور في صلب حكم محكمة النفس الجنائية في ١٧ ديار سنة ١٩٤٧ مجموعة عامم للنقض الجنائي ٢ - ٢٧ - ٢١ .

ويرى الدكتور سليمان مرقس أن القانون المدني القديم لم يكن يحدد سناً معينة تقف عندها مسؤولية الأب المفترضة عن ابنه ، وقد تقوم هذه المسؤولية حتى بعد بلوغ الابن سن الرشد متى كان باقياً تحت رعاية أبيه وفي كنفه (أنظر تعليق المثار إليه في مجلة القانون والاقتصاد ١٦ ص ١٤٨ - ١٤٩ . وأنظر تعليقاً آخر له في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٣٨ - ص ٣٤٤) .

(١) وقد يكون للأُم الرقابة على ولدها إذا كان لا يزال في سن الحضانة ، ففي انتهت هذه السن بقيت الرقابة للأب وحده . وقد قضت محكمة بورسعيد الجزئية المختلطة بأن الأب دون الأم هو المشول عن أعمال ولده عندما يبلغ سن التمييز (سبع سنوات) ، لأن الأب هو وحده الذي يتولى الرقابة على ولده منذ أن يبلغ هذه السن (١٥) يونية سنة ١٩٢٩ حريت ٢٠ رقم ١٩١ ص ١٧٧) .

وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأن أم الفاضر مشولة عنه ولو لم تسكن هي الوصية عليه ٧١ ديار سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٢/١١٩ ص ٣٣٢ .

الفصل ما دام فيه أو إلى رئيس المدرسة ما دام في المدرسة (١) . وإذا كانت المدرسة من مدارس الدولة . كانت الدولة مسئولة عن المعلم أو الرئيس مسئولة المتبوع عن التابع (٢) . وإن أخذ الولد يتعلم حرفه . انتقلت الرقابة عليه إلى من يشرف على تعليمه الحرفة مدة وجوده تحت إشرافه . ولا ضرورة لوجود عقد صريح بالتمربن على الحرفة . فالترين الفعلي يستخلص منه عقد ضمني . وهذه مسألة واقع يترك تقديرها لقاضي الموضوع . ومتى فرغ الولد في يومه من المدرسة أو من تعلم الحرفة ، عادت الرقابة عليه إلى القائم على تربيته وكان هذا هو المسئول عنه (٣) . ونرى من ذلك أن الولد ما دام

(١) وقد قضت محكمة النقض ألا خطأ إذا نفي الحكم تقصير الوالد في ملاحظة ابنه بناء على أن الحادثة التي وقعت من هذا الابن قد حصلت أثناء وجوده في المدرسة بمنأى عن والده الذي يقيم في بلد آخر وفي رعاية غيره من القائمين بشؤون المدرسة (نقض مدني في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١/٩٤ ص ١٩٨) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن مسؤولية الوالد عن أفعال ابنه المضرة بالغير ترتفع عنه متى كان ابنه بعيداً عن رقابته . مشمولاً برعاية المدرسة التي تتولى أمر تعليمه ، فالاعتداء الذي يقع من ابنه أثناء وجوده بالمدرسة بسبب عدم المراقبة والملاحظة لا ينعيل الوالد مشمولاً بطريق التضامن مع إدارة المدرسة لأنها هي المسئولة عن تلاميذها من وقت دخولهم المدرسة إلى وقت انصرافهم (١٣ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٢٨ ص ٢٣٩) . ولا يكون الأب مشمولاً ما دام ابنه بعيداً عن رقابته مشمولاً برعاية المدرسة ، حتى لو كان الاعتداء الصادر من الابن قد وقع على المعلم نفسه الذي انتقلت إليه الرقابة .

ومع ذلك قد تتحقق مسؤولية الأب عن خطأ ارتكبه الابن وهو في المدرسة ، إذا كان خطأ الابن مسبوقاً بخطأ ثابت في جانب الأب . وقد قضت محكمة السين الفرنسية بأنه ولو أن الابن القاصر يقيم بعيداً عن والده بمدرسة بقسمها الداخلي ، إلا أن مسؤولية الأب تتحقق إذا ثبت أن العمل الذي ارتكبه الابن كان مسبوقاً بخطأ ارتكبه الأب نتيجة سوء تربيته ، كالوعد ابنه على استعمال الأسلحة النارية ، واشترى له مسدساً ، وسمح له بحمله داخل المدرسة ، وتقوم مسؤولية الأب بخلاف مسؤولية مدير المدرسة التي ترتبت على عدم رقابة محل هذا السلاح واستعماله (١٥ مارس سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٦٧ ص ١٠٩) .

(٢) أنظر في مسؤولية المدرسين المفترضة ومسؤولية الدولة التي تحمل محلها في القانون الفرنسي ، ثم في قانون ٥ أبريل سنة ١٩٣٧ الذي جعل مسؤولية المدرس في فرنسا تقوم على خطأ واجب الإثبات لا على خطأ مفترض ، مع حلول الدولة محل مديريتها في المسؤولية في بعض الحالات ، إلى مازرو ١٠ فقرة ٧٨٤ - فقرة ٨٥١ - ٥١ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الوالد مسئول عن ولده القاصر ، ولو كان هذا الولد تلميذاً ، ما دام قد ارتكب العمل خارج المدرسة وفي وقت لم يكن فيه تحت ملاحظة معلميه (٢٩ مايو سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ٢٢١ ص ٦١١ - الحقوقي ٣٢ ص ٢) .

في مرحلة التربية يكون دائماً تحت الرقابة . وتنقل الرقابة عليه من شخص إلى آخر بحسب الأحوال على النحو الذي قدمناه .

وقد يكون القاصر بنياً تزوج قبل بلوغها سن الرشد ، فننقل الرقابة عليها ممن كان قائماً على تربيته إلى زوجها ، وهو الذي يكون مسئولاً عنها ما دامت قاصراً . فإذا كان الزوج نفسه تقوم عليه الرقابة . لقصره أو لأي سبب آخر ، فإن منولى الرقابة على الزوج يتولى الرقابة أيضاً على الزوجة . ويكون مسئولاً عن كل منهما . فإذا ما بلغ الزوج سن الرشد . ولم تبلغها الزوجة . صار الزوج هو المتولى الرقابة على زوجته .

(٢) البالغ سن الرشد : فإذا بلغ الولد سن الرشد تحرر من الرقابة ، حتى لو كان لا يزال في دور التعليم . وحتى لو بقي يعيش في كنف ذويه . ولا يكون أحد مسئولاً عنه ، لا في البيت ولا في المدرسة ولا في الحرفة . ذلك أنه ببلوغه سن الرشد أصبح في غير حاجة إلى الرقابة . والتزام الرقابة إنما يقوم بقيام الحاجة إليه . وكذلك تتحرر الزوجة من رقابة زوجها ، أو رقابة متولى الرقابة على زوجها . متى بلغت سن الرشد ، إذ تصبح في غير حاجة إلى الرقابة كما قدمنا .

ومع ذلك قد تدعو الحاجة إلى الرقابة على من بلغ سن الرشد ، رجلاً كان أو امرأة . فلو أصيب البالغ سن الرشد بمجنون أو بعتة أو كان ذا غفلة ، قامت الرقابة عليه لتجدد الحاجة إليها نظراً لحالته العقلية . ويتولى الرقابة في هذه الحالة ولي النفس ، أو الزوج ، أو الزوجة (إذا كان الزوج هو الموضوع تحت الرقابة) ، أو من تنتقل الرقابة إليه اتفاقاً كمدير المستشفى أو الطبيب أو الممرض أو من يقوم بالرقابة من الأقرباء أو غير الأقرباء (١) .

كذلك لو أصيب البالغ سن الرشد بمرض أعجزه ، وجعله في حاجة إلى

(١) وقد قضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأنه إذا ارتكب المجنون جرمًا كان والده مؤاخذاً مدنياً عن عمله (١٩ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١٤ رقم ٤١ من ٧٥) — وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الزوج يسأل عن زوجته وهي تسوق السيارة وهو إلى جانبها ، وكان يستطيع أن يحدد سرعتها (٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ من ١٣٧ — هذا ويجوز أن تكون مسئولية الزوج هي مسئولية التبوع عن نابه ، وبخاصة إذا لم تركز الزوجة قاصراً) .

الرقابة نظراً لحالته الجسمية ، كأن كف بصره أو صار مقعداً أو أصيب بالشلل ، تولى الرقابة عليه اتفاقاً من يتولى الإشراف على شؤونه الشخصية . من زوج أو زوجة أو قريب أو مدير مستشفى أو طبيب أو ممرض أو نحو ذلك . ويكون هذا مسئولاً عنه ما بقى فى رقبته .

٢٨ - صدور عمل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة

٦٦٨ - العمل غير المشروع يقع ممن هو تحت الرقابة ، لا يقع عليه :

فإذا قام الالتزام بالرقابة وتحدد طرفاه - متولى الرقابة والخاضع للرقابة - وجب لتحقيق مسئولية متولى الرقابة أن يصدر عمل غير مشروع من الشخص الخاضع للرقابة : الولد أو التلميذ أو صبي الحرية أو المجنون أو الأعمى أو نحو ذلك .

والعمل غير المشروع يجب أن يقع من الشخص الخاضع للرقابة ، لا أن يقع عليه . أما إذا وقع عليه فليست هناك مسئولية منترضة . مثل ذلك أن يصيب أجنبي تلميذاً بالأذى فى وقت يكون فيه التلميذ فى رقابة رئيس المدرسة . فلا يكون هذا الرئيس مسئولاً عن خطأ الأجنبي إلا فى حدود القواعد العامة للمسئولية . فيجب إذن إثبات خطأ فى جانب الرئيس حتى يكون مسئولاً . كذلك لا يكون الرئيس مسئولاً إلا على أساس خطأ يجب إثباته فى جانبه إذا كان التلميذ قد ألحق الأذى بنفسه ، لأن العمل غير المشروع فى هذه الحالة إذا كان قد أحدث ضرراً فقد وقع هذا الضرر على التلميذ لا منه (١) .

(١) هذا ما لم يعتبر رئيس المدرسة مسئولاً عن سلامة التلاميذ مسئولية عقدية ، فيكون مسئولاً عما يلحقه التلميذ من الأذى نفسه إلا إذا أثبت السبب الأجنبي . ويعتبر رئيس المدرسة مسئولاً عن سلامة التلاميذ بوجه خامس فى أثناء الرحلات المدرسية .

وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية (٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٩٣ من ١١٦٦) بأن إدارة المدرسة التى ترتب أمر رحلة تلاميذ مدرستها الابتدائية تلزم قبل أهلهم برعايتهم ، وعلى ذلك فهى ضامنة سلامتهم وردمهم إليهم ، وتكون مسئولة عن كل ما يصيبهم فى هذه الرحلة مسئولية عقدية ترتب عليها بمجرد إصابتهم ، وعليها ما يقع عبء إثبات عذرها ، بأن تثبت أن مندوبيها فى الرحلة قاموا بواجب الملاحظة المفروض عليهم على وجه مرضى ، وأن تقديراً لم يقع منهم ، وأن أية مراقبة مها بلغت درجتها من الشدة ما كانت لتحول دون وقوع الحادث للتلميذ . ويلاحظ فى شأن هذا الحكم أن المحكمة عندما طالبت =

فالواجب إذن البدء بإثبات خطأ في جانب الشخص الخاضع للرقابة طبقاً للقواعد العامة، حتى تتحقق مسؤولية هذا الشخص. وقد تتحقق مسؤوليته في بعض الحالات عن طريق افتراض خطأ في جانبه، كما لو كان يسوق سيارة فدهس أحد العابرة، فهو مسئول عن خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل لإثبات العكس، ومتولى الرقابة عليه مسئول عنه على أساس خطأ مفترض افتراضاً يقبل لإثبات العكس. فإذا ما تحققت مسؤولية الخاضع للرقابة على أساس خطأ ثابت أو على أساس خطأ مفترض. قامت إلى جانبها مسؤولية متولى الرقابة. ونرى من ذلك أن المسؤولية الثانية لا تجب المسؤولية الأولى، ولكن تقوم إلى جانبها.

٦٦٩ - نهاية ما إذا لزم الخاضع للرقابة غير مميز : وقد يكون الخاضع

للمراقبة غير مميز - صلباً غير مميز أو مجنوناً أو معتوهاً - فكيف يمكن إثبات وقوع عمل غير مشروع منه وهو لا يجوز في حقه الخطأ لانعدام التمييز فيه ؟ نص الفقرة الأولى من المادة ١٧٣ صريح في هذه المسألة إذ يقول : « ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز ». والخطأ الذي وقع هنا من غير المميز هو خطأ قام ركنه المادى أى ركن التعدى، دون ركنه المعنوى أى ركن التمييز. ولذلك وصفه النص « بالعمل الضار » دون العمل غير المشروع أو الخطأ.

والذى يلفت النظر في مسؤولية متولى الرقابة عن أعمال غير المميز أنها، خلافاً للمسؤولية عن أعمال المميز. مسؤولية أصلية لا تبعية. ذلك أن مسؤولية متولى الرقابة عن أعمال المميز هي مسؤولية تبعية، تقوم بقيام مسؤولية الشخص

= إدارة المدرسة بتنى المسؤولية لم تكن واضحة في تعيين الأمر الذى يطالب من الإدارة إثباته. فقد ذكرت أن الإدارة ثبت أن مندوبيها في الرحلة قاموا بواجب الملاحظة المفروض عليهم على وجه مرضى وأن تقصيراً لم يقع منهم. وهذا لا يكتفى، فالمسؤولية عقدية ولا تنفى إلا بإثبات السبب الأجنبي، لا بمجرد نفي الخطأ، والذى ينتفى بمجرد نفي الخطأ هو المسؤولية عن الضرر الذى يقع من التلذذ لا الضرر الذى يقع عليه. ولكن المحكمة ذكرت بعد ذلك أن إدارة المدرسة يجب عليها أن تثبت أن أية مراقبة مهما بلغت درجتها من الشدة ما كانت لتحول دون وقوع الحادث للتليذ. ومعنى ذلك أن إدارة المدرسة يجب عليها أن تثبت القوة القاهرة، والقوة القاهرة سبب أجنبي تنفى به المسؤولية العقدية. ويمكن تخريج حكم المحكمة على هذا الوجه، لولا التضارب الذى ورد في عباراتها (أنظر تليفاً على هذا الحكم للدكتور سليمان مرص في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٤٤ - ص ٣٤٦).

الموضوع تحت الرقابة . أما إذا كان هذا غير مميز . فلا يمكن القول في هذه الحالة إن مسؤوليته قد تحققت فتتحقق تبعاً لها مسؤولية متولى الرقابة . بل الواجب أن يقال إن مسؤولية متولى الرقابة هنا هي مسؤولية أصلية قامت مستقلة ، وأساسها خطأ مفترض في جانب المسئول . ولا تستند هذه المسؤولية إلى مسؤولية غير المميز ، فإن هذا كما رأينا لا يكون مسئولاً إلا لمسئولية موضوعية مخففة عند تعذر الرجوع على متولى الرقابة (م ١٦٤ فقرة ٢) (١) .

المطلب الثاني

الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية متولى الرقابة

٦٧٠- مسائل أربع : متى تحققت مسؤولية متولى الرقابة على النحو الذي قدمناه ، فمت مسؤولية على أساس خطأ مفترض (٢) . والافراض

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « وينص المشروع على أن مسؤولية الشخص عما يقع ممن يظن به رقابته تظل قائمة ، ولو كان عدو الضرر غير مميز . وهو بذلك يقرر الحكم المتبع في ظل التقنين الحال . بيد أنه رؤى من الأنسب أن ينص صراحة على هذا الحكم ، إذ قد يكون في عدم تمييز الفاعل الأصل ، وارتفاع مسئوليته تقريباً على ذلك ، مدخل للشك عند التطبيق ، باعتبار أن المسؤولية التبعية لا تقوم إلا مستندة إلى مسؤولية أصلية . ولكن الواقع أن مسؤولية المكلف بالرقابة في هذه الحالة ليست من قبيل المسؤوليات التبعية ، بل هي مسؤولية أصلية أساسها خطأ مفترض ، وهي بهذه الثابتة مسؤولية شخصية أو ذاتية . أما غير المميز فهو الذى تقع على عاتقه مسؤولية مادية أو موضوعية يتحقق فيها معنى التبعية عند تعذر رجوع المصاب بالتعويض على المكلف بالرقابة ، وهو المسئول بطريقة الإصالة مسؤولية ذاتية أو شخصية » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠٧) .

وقد رأينا فيما قدمناه أن متولى الرقابة لا يكون مسئولاً عن عمل غير المميز إلا إذا كان هذا العمل قد استوفى الركن المادى للخطأ وهو التعمد ، دون الركن المعنوى وهو التمييز . فالعمل المشروع الذى يصدر من عديم التمييز لا يوجب مساءلة متولى الرقابة ، لأن هذا العمل ليس بتعمد . وإنما تقوم مسؤولية متولى الرقابة إذا كان العمل الصادر من عديم التمييز يعتبر خطأً لو أنه كان صادراً من شخص مميز ، وعلى هذا الوجه يستوفى العمل الصادر من عديم التمييز الركن المادى للخطأ دون الركن المعنوى (أنظر في هذا المعنى تعليقاً للدكتور سايان مرفص في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٣٧ - ٣٣٨) .

(٢) ومع ذلك فقد كان القانون المدنى القديم أقل وضوحاً في إقامة المسؤولية على خطأ مفترض . ومن ثم قضت بعض الأحكام في عهد هذا القانون بأن مسؤولية متولى الرقابة تقوم عن =

هنا قابل لإثبات العكس . فيستطيع متولى الرقابة أن يرفع المسؤولية عنه بنفى الخطأ . ويستطيع كذلك رفع المسؤولية بنفى علاقة السببية ، بأن يثبت السبب الأجنبي . فإذا لم ينف علاقة السببية ولم ينف الخطأ تحققت مسؤوليته ، ولكن هذه المسؤولية كما رأينا لا تجب مسؤولية الشخص الخاضع للرقابة وهو الذى صدر منه العمل غير المشروع .

فعلينا إذن أن نعالج مسائل أربعة : (١) ما هو الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة (٢) كيف ينبنى هذا الخطأ المفترض (٣) كيف ينبنى علاقة السببية (٤) أثر قيام المسئولين فى وقت واحد : مسؤولية متولى الرقابة ومسؤولية الخاضع للرقابة

٦٧١ - ما هو الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة : الخطأ

المفترض فى جانب متولى الرقابة هو الإخلال بما عليه من واجب الرقابة . فالمفترض إذن هو عدم قيام متولى الرقابة بهذا الواجب بما ينبغى من العناية . فإذا ارتكب القاصر مثلاً عملاً غير مشروع . افترضنا أن من يتولى الرقابة عليه قد قصر فى رقابته ، فكنه بهذا التفسير من ارتكاب هذا العمل . ويتسع افتراض الخطأ لمدى أبعد ، فيفترض أيضاً أن متولى الرقابة قد أساء تربية الشخص المعهود إليه رقابته . فهى له بسوء التربية سبيل العمل غير المشروع (١) . ونرى من ذلك أن القاصر مثلاً إذا ارتكب عملاً غير مشروع . وكان من يتولى الرقابة عليه . ويقوم على تربيته هو أبوه . فافترض أن الأب إما

= خطأ ثابت لا على خطأ مفترض . من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختصة من أنه لا يوجد خطأ مفترض فى جانب متولى الرقابة ، بل يجب إثبات خطأ الأب إذا كان أبه القاصر قد اختلس رخصة قيادته (٢٢ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ من ٢٨١ - وانظر أيضاً : استئناف مختلط فى ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٤٨٦ - وفى ٨ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ من ١٤٨) . فإذا ترك الأب السبارة لابنه الصغير بالرغم من أن هذا لا ينفى فى قيادة السيارات ، ارتكب الأب خطأ ثابتاً لا خطأ مفترضاً (استئناف مختلط فى ١٩ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ من ٢٦٣) . أما القانون المدنى الجديد فهو قاطع فى التصريح بأن مسؤولية متولى الرقابة تقوم على خطأ مفترض .

(١) أنظر فى هذا المعنى مارو ١٦ فقرة ٧٦٧ . ويبين من ذلك أن مسؤولية متولى الرقابة تقوم على خطأ شخصى فى جانبه ، فهى ليست مسؤولية عن الغير كمسؤولية المدعى عن التابع ، بل هى مسؤولية ذاتية قامت على خطأ شخصى افترضنا أن متولى الرقابة قد ارتكبه فعلاً .

أن يكون قد قصر في رقابة ولده ، أو أنه أساء تربيته : أو أنه ارتكب الخطأين معاً : قصر في الرقابة وأساء التربية .

ويلاحظ أن افتراض هذا الخطأ لا يقوم إلا في العلاقة ما بين متولى الرقابة والمضروب . فهو افتراض قرره القانون لصالح المضروب تجاه متولى الرقابة ، ولا يجوز أن يقوم ضد الشخص الخاضع للرقابة . ومن ثم لا يجوز للمضروب ولا لمتولى الرقابة أن يحتج به قبل الشخص الخاضع للرقابة ، بل يجب للرجوع على هذا إثبات خطأ في جانبه (١) .

ويلاحظ أيضاً أنه لا مانع من اجتماع هذه المسؤولية القائمة على خطأ مفترض والمسؤولية القائمة على خطأ واجب الإثبات . فيجوز للمضروب ألا يعتمد على الخطأ المفترض في جانب متولى الرقابة ، ويتقدم هو لإثبات خطأ في جانبه ، فيستعنه بذلك من نفي الخطأ المفترض . كذلك لا مانع من اجتماع هذه المسؤولية ومسؤولية المتبوع عن التابع . فإذا عمل قاصر في خدمة شخص وارتكب خطأ أضر بالغير ، قام إلى جانب مسؤوليته القائمة على خطأ ثابت مسئوليتان أخريان الخطأ في كل منهما مفترض : مسؤولية والد القاصر وتقوم على خطأ مفترض افتراضاً يقبل إثبات العكس كما رأينا ، ومسؤولية المخدم الذى يعمل القاصر في خدمته وتقوم في بعض الآراء على خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس كما سرى . ويجوز للمضروب أن يرجع على كل من متولى الرقابة والمخدم بكل التعويض ، ومن دفع منهما التعويض رجع بنصفه على الآخر . وهذا كله دون إخلال برجوع كل منهما على القاصر بما دفعه للمضروب .

٦٧٢- كيف ينفي متولى الرقابة الخطأ المفترضه : رأينا أن الفقرة الثالثة

من المادة ١٧٣ تنص على ما يأتي : « ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة » . فالخطأ المفترض في جانب متولى الرقابة هو إذن خطأ مفترض افتراضاً قابلاً لإثبات العكس . ويستطيع متولى الرقابة - وهو الذى يحمل عبء الإثبات ما دام الخطأ مفترضاً في جانبه -

(١) وهذا ما لم يتم في جانب الشخص الخاضع للرقابة خطأ مفترض من نوع آخر ، كما لو كان يسوق السيارة فدهس أحد العابرة ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

أن ينفي هذا الخطأ عنه بأن يثبت أنه قام بواجب الرقابة بما ينبغي من العناية ، وأنه اتخذ الاحتياطات المعقولة لتجنب من نيطت به رقابته من الإصرار بالغير . فإن فعل ذلك . انفي الخطأ المفترض في جانبه . وارتفعت عنه المسؤولية (١) . على أن القيام بواجب الرقابة يشمل كما رأينا إحسان التربية . وبخاصة إذا كان متولى الرقابة أباً أو أما . . وينبئ على ذلك أنه لا يكفي أن يثبت الأب أنه قام بواجب الرقابة باتخاذ الاحتياطات المعقولة . فلا يزال افتراض أنه أساء تربية ولده قائماً في جانبه . ولا يلزم للمضروب أن يثبت أن الأب أساء التربية . بل الأب هو الذى يثبت أنه لم يسيء تربية ولده (٢) . وجملة القول إن متولى الرقابة عليه أن أن يثبت أنه لم يرتكب تقصيراً في الرقابة في خصوص الخطأ الذى صدر ممن هو في رقابته . وأنه بوجه عام لم يسيء تربيته .

٦٧٣ - كيف ينفي متولى الرقابة عملة السببية : وليس الخطأ في

جانب متولى الرقابة هو وحده المفترض . بل تفترض معه أيضاً علاقة السببية ما بين هذا الخطأ المفترض وبين العمل غير المشروع الذى صدر ممن هو تحت الرقابة . ذلك أنه إذا لم تفترض علاقة السببية تبعاً لافتراض الخطأ . لكان افتراض الخطأ عبثاً لا يجدى . فإن المضروب إذا أعنى من إثبات الخطأ في جانب متولى الرقابة ، ثم طوّل بإثبات علاقة السببية ما بين هذا الخطأ والعمل غير المشروع

(١) وبما يتناقى مع اتخاذ الاحتياطات المعقولة أن يفيب الأبوان وينكحاً ولدهما وحيداً ، أو أن يرخصا له في أن يمارس ألعاباً خطيرة ، أو أن يتركا بقود دراجة أو سيارة من قبل أن يتقن القيادة (انظر مازو ١ فقرة ٧٧٤ - فقرة ٧٧٧) .

(٢) وقد قضت محكمة أسبوط السككية في هذا المعنى بأن المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى أباحت للأباء درء المسؤولية عن أعمال أبنائهم إذا أقاموا الدليل على أنه ما كان في استطاعتهم منع الحادث الذى سبب الضرر . ومن المتفق عليه في ذلك أنه مع هذه الإباحة فإن مسؤولية الآباء تظل قائمة إذا حصل منهم خطأ سابق للعادة ولإلزام الوقت ، كسوء التربية والتناصى عن هفوات الأبناء وإظهار جانب اللين لهم . وأن نص المادة ١٥١ من القانون المدنى المصرى (القديم) لم تذكر شيئاً عن هذه الإباحة ، ولهذا يجب الرجوع لنص المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى التى ذكرت تفصيلاً شروط مسؤولية الآباء عن أفعال أبنائهم . على أنه مادام أن مبنى المسؤولية هو واجب التربية والمراقبة ، فلا محل لمسئوليتهم متى تبين أنهم قاموا بأداء هذين الواجبين على الوجه الأكمل (٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ الحامدة ١٤ رقم ٢/٢٢٢ من ٤٢٥) .

الذى وقع من قامت عليه الرقابة ، لا يضطر وهو فى صدد إثبات علاقة السببية أن يثبت الخطأ أيضاً . إذ تقتضى طبيعة الأشياء أن من يثبت العلاقة ما بين أمرين يثبت فى الوقت ذاته الأمرين اللذين تقوم العلاقة بينهما . فنكون قد بدأنا بإعفاء المضرور من إثبات الخطأ . ثم طالبناه بعد ذلك بإثباته . فسلبناه بليسار ما أعطيناه باليمين (١) .

فعلاقة السببية إذن مفترضة . لا يكلف المضرور بإثباتها . ومتولى الرقابة هو الذى يكلف بنفيها . والنص صريح فى هذا المعنى ، إذ تقول الفقرة الثالثة من المادة ١٧٣ فى عبارتها الأخيرة إن المكلف بالرقابة يستطيع أن يتخلص من المسؤولية إذا هو « أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية » . ويكفى فى ذلك أن يثبت أن هذا الضرر قد وقع دون أن يكون لوقوعه أية علاقة بالخطأ المفترض فى جانبه . فوقوعه ، بالنسبة إلى متولى الرقابة لا بالنسبة إلى من هو تحت الرقابة (٢) . كان بسبب أجنبي ، بأن قامت قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو وقع خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، وكان من شأن هذا أن قطع الصلة ما بين التقصير المفترض فى جانب متولى الرقابة وبين الضرر الذى أصاب المضرور ، بأن كان هذا الضرر يقع حتى لو اتخذ متولى الرقابة كل الاحتياطات المعقولة لمنع ، فلم يكن الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة هو السبب فى حدوث الضرر . مثل ذلك أن يقع الحادث الذى سبب الضرر وقوعاً مفاجئاً بحيث لم يكن من الممكن توقعه ولا من المستطاع تلافيه (٣) .

(١) أنظر فى هذا المعنى ما زو ١ فقرة ٧٦٩ .

(٢) أما إذا كان الضرر قد وقع بسبب أجنبي بالنسبة إلى من هو تحت الرقابة ، فإن مسؤولية هذا لا تتحقق ، ولا تقوم تبعاً لذلك مسؤولية متولى الرقابة .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قدرت محكمة الموضوع ظروف الحادث التى وقع من تلميذ داخل المدرسة ، وقررت ألا مسؤولية على ناظر المدرسة فيه لأنه وقع مفاجأة ، فإنها بذلك تكون قد فصلت فى نقطة موضوعية لارقابة لمحكمة النقض عليها ... أما الزعم بأن المفاجأة لا يمكن اعتبارها فى القانون المصرى (القديم) سبباً معفياً من المسؤولية المدنية مادام لم ينس عليها فيه ، فذلك لا يعيبه ، إذ الأمر ليس بحاجة إلى من خاص ، بل يكفى فيه تطبيق مبادئ القانون العامة التى منها وجوب قيام علاقة السببية بين الخطأ والحادث التى أوجب الضرر . وبغير ذلك لا يمكن الحكم بالتعويض على مرتكب الخطأ . والقول بمحصول الحادث مفاجأة =

ونخلص من ذلك أن متولى الرقابة ترتفع عنه المسؤولية بأحد امرين . إما :
بأن ينشأ الخطأ المفترض في جانبه فينعدم ركن الخطأ . وإما بأن يثبت السبب
الأجنبي على النحو الذى قدمناه فينعدم ركن السببية . وفى الحالتين يبق من
أحدث الضرر . وهو من قامت عليه الرقابة . مسئولاً عن العمل غير المشروع

== معناه أن الفعل كان يقع ولو كانت الرقابة شديدة إذا ما كان يمكن تلافيه بحال . ومفهوم ذلك
مداهة أن قص الرقابة لم يكن هو السبب الذى أنتج الحادث ، بل كان وقوعه محتسلاً ولو مع
الرقابة الشديدة (قضى فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المجامع ١٥ رقم ١/٩٤ ص ١٩٨) .
وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن مسؤولية المربي ترتفع إذا حصل الحادث خطأ ، وإنما
يشترط فى ذلك أن يكون عدم استطاعة تلافيه غير ناتجة عن إهمال (١٣ مايو سنة ١٩٣١
المجامع ١٢ رقم ١٢٨ ص ٢٣٩) . وقضت هذه المحكمة أيضاً بأنه يجب لاعتبار مسؤولية
الأب عن فعل ابنه الذى هو تحت رعايته قائمة أن يثبت مبدئياً حصول الخطأ من هذا الابن ،
وأن يكون هذا الخطأ نتيجة لعدم ملاحظته ، أو عبارة أخرى بشرط قيام الارتباط بين خطأ
الأب فى ملاحظة ابنه والحادث الذى وقع منه . ويقع عبء إثبات انعدام رابطة السببية بين
الخطأ والحادث على عاتق الأب (استئناف مصر الوطنية فى ٢ مايو سنة ١٩٤٠ المجامع ٢٠
رقم ٦١٠ ص ١٣٨٥) . وقضت محكمة التمييز الكلية بالأما مشولية إلا إذا كان هناك
إهمال أو تقصير فى الرقابة وكانت هناك علاقة ارتباط مانع بين الخطأ والحادث الذى يطلب عنه
التعويض . فإذا كان الحادث ليس متوقفاً ولا ممكناً لتلافيه ولا التكهّن بوقوعه لسرعة حصوله
وعدم وجود مقدمات له ، أو كان مباغتة والمراقبة ما كانت لتحول دون وقوع الحادث ، فلا
تكون هناك مشولية (٢٥ فبراير سنة ١٩٣٥ المجامع ١٦ رقم ٣٤٢ ص ٧٤٠) .

هذا ويلاحظ أنه إذا أثبت المضرور خطأ فى جانب متولى الرقابة ، استغنى بذلك عن المشولية
القائمة على خطأ مفترض ، وعاد إلى القواعد العامة فى المشولية ، ولا يحدى متولى الرقابة فى
هذه الحالة أن يتسك بأن الحادث الذى هو محل المسألة كان نتيجة ظرف فجائى . وقد قصدت
محكمة النقض إلى تقرير هذا المبدأ عند ما قضت بأنه ليس للعلم أن يتسك بأن الحادث الذى
هو محل المسألة كانت نتيجة ظرف فجائى ليتخلص من المشولية إلا إذا ثبت أنه قام بواجب المراقبة
المفروضة عليه . ومن الخطأ تخلى المعلم عن هذه المراقبة وعهده بها إلى تلميذ عمره سبع سنوات
(قضى مدنى فى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٠٥ ص ٢٣٤) . وعبارة
الحكم غير دقيقة ، والمقصود أنه لا يجوز التسك بأن الحادث كان نتيجة ظرف مفاجئ إذا
أثبت المضرور تقصيراً فى جانب متولى الرقابة . وعلى هذا الأساس تقوم وقائع القضية ، فقد
كلف المعلم تلميذاً عمره سبع سنوات بمراقبة التلاميذ وكتابة اسم من يحدث ضجة منهم ، فلما
كتب اسم أحد التلاميذ تقيظ هذا منه ، وقذفه بسن ريشة أفقدت عينه اليمنى الإبصار ، واعتبرت
الحكمة أن هناك خطأ ثابتاً فى جانب المعلم ، إذ عهد لتلميذ فى هذه السن بالمراقبة ، فلا يحدى
المعلم أن يتسك بأن الحادث مفاجئ ما دام قد ثبت خطأ فى جانبه (أنظر تعليقاً على هذا الحكم
للدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٩ العدد ١٩ الأول والثانى) .

الذي صدر منه . وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية (١).

٦٧٤- قنাম مسؤولية الشخص الخاضع للرقابة إلى جانب مسؤولية متولى

الرقابة: ووغنى عن البيان أن قيام مسؤولية متولى الرقابة على النحو الذي يبتاه لا يمنع من أن تقوم إلى جانبها مسؤولية الشخص الخاضع للرقابة . وهو الشخص الذي صدر منه العمل غير المشروع . ويستطيع المضرور إذن أن يرجع على من ارتكب الخطأ بالذات إن كان عنده مال ، فإن استوفى منه كل التعويض المستحق فلا رجوع له بعد ذلك على متولى الرقابة . وإذا رجع على متولى الرقابة واستوفى منه كل التعويض ، فلا رجوع له بعد ذلك على من ارتكب الخطأ (٢). والذي تجب مراعاته هو ألا يستولى المضرور على تعويضين عن ضرر واحد . بل يستوفى تعويضاً واحداً . إما من متولى الرقابة . وإما ممن ارتكب الخطأ . وإما منهما معاً مسئولين أمامه بالتضامن .

وبغلب أن يرجع المضرور على متولى الرقابة لأنه هو الملىء . لكن يجوز للمضرور أن يرجع على من ارتكب الخطأ كما قدمنا . وفي هذه الحالة لا يرجع من ارتكب الخطأ بشيء على متولى الرقابة : لأن الخطأ الذي أوجب المساءلة هو خطأ الأول لا خطأ الثاني . أما إذا رجع المضرور على متولى الرقابة ، جاز

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « فإذا أقيم الدليل على خطأ من وقع منه الفعل الضار ترتبت مسؤوليته وفقاً لأحكام القواعد العامة . أما من ينطت به الرقابة عليه فيفترض خطؤه باعتبار أنه قصر في أداء واجب الرقابة . ولكن يجوز له ، رغم ذلك ، أن ينقض هذه القرينة بإحدى وسيلتين : فإما أن يقيم الدليل على انتفاء الخطأ من ناحيته ، بأن يثبت أنه قام بقضاء ما يوجب عليه التزام الرقابة وأن خطأ من أحدث الضرر يرجع إلى سبب غير معلوم لا ينبغى أن يتحمل تبعته ، وفي هذا الوضع تكون قرينة افتراض الخطأ قرينة غير قاطعة تنفس بإثبات العكس . وإما أن يترك قرينة الخطأ قائمة ، وينفى علاقة السببية ، بأن يقيم الدليل على أن الضرر كان لا بد واقعاً حتى لو قام بواجب الرقابة بما ينبغى له من حرص وعناية . وفي كلتا الحالتين ترتفع عنه المسؤولية ، إما بسبب انتفاء الخطأ ، وإما بسبب انتفاء علاقة السببية . وينهى أن الفاعل الأصلى ، وهو من وقع منه الفعل الضار ، تظل مسؤوليته قائمة وفقاً لأحكام القواعد العامة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠٨) .

(٢) ويجوز أن يرجع على الاثنين معاً . بل يجوز أن يفعل ذلك في عكسة أول درجة ، ثم يقتصر في الاستئناف على أحدهما فلا يختصم إلا متولى الرقابة مثلاً (استئناف مختلط في ٢٥ يناير سنة ١٨٨٣ المجموعة الرسمية المحاكم المختلطة ٨ ص ٥٥) .

لهذا أن ير - عني من ارتكب الخطأ . فإن كان من ارتكب الخطأ مميزاً رجع عليه متولى الرقابة بكل ما دفعه . ولا يقسم التعويض بينهما لأن الخطأ هو خطأ لأول كما سبق القول . وإن كان غير مميز ، فلا رجوع لمتولى الرقابة عليه بشئ . لأن عديم التمييز غير مسئول عن الخطأ . ولا ترتب في ذمته إلا مسئولية مخففة نحو المضرور لا نحو متولى الرقابة بشروط بينهاها فيما تقدم . يعتبر متولى الرقابة في هذه الحالة هو المسئول الأصلي . وهذا هو الذى تعنيه المادة ١٧٥ من القانون المدنى الجديد . إذ تنص على ما يأتى : « للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر » (١) . والمسئول عن عمل الغير هو متولى الرقابة والمتبوع .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « المسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بالمصدر الذى يكون فيه هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر » . وقد أقرت لجنة المراجعة النص على أصله ، وأصبح رقمه المادة ١٧٩ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ استبدلت عبارة « في الحدود » بكلمة « بالتقدير » ، وأصبح رقم المادة ١٧٥ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١١ - ص ٢٢٢) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتى : « إذا ترتبت مسئولية الشخص عن عمل غيره ، اضطر هذا الوضع على وجود شخصين بآلان عن ذات الدين مع اختلاف الخطأ النسب إلى كل منهما ، أولهما يحدث الضرر ويسأل بسببه على خطأ ثابت يقام الدليل عليه ، والثانى هو المسئول عنه (وهو المكلف بالرقابة أو المتبوع) ويسأل على أساس الخطأ القروض . ومؤدى ذلك أن كليهما يلزم بالدين ذاته إلزاماً متبداً دون أن يكونا متضامتين في أدائه (المؤلف : الصحيح أنها متضامتان) ، باعتبار أن أحدهما مدين أصل والآخر مدين تبعى أو احتياطى . فإذا رجع المضرور على محدث الضرر واستوفى منه التعويض الواجب ، وقتت المسألة عند هذا الحد ، لأن وفاة المدين الأصل بالدين يدرأ مسئولية المدين التبعى أو الاحتياطى عنه . بيد أن المضرور غالباً ما يؤثر الرجوع على المدين الاحتياطى ، إذ يكون أكثر اقتداراً أو يساراً . ومتى قام هذا المدين بأداء التعويض ، كان له أن يقتضيه ممن أحدث الضرر . ذلك أن هذا الأخير هو الذى وقع منه الفعل الضار ، فهو يلزم قبل المسئول عنه بأن يؤدى إليه ما احتل من التعويض من جراء هذا الفعل ، وعماثل هذا الوضع مركز المدين الأصل من السكامل . على أن هذه الأحكام لا تطبق إلا حيث يتوافر التمييز في محدث الضرر ، كما فرض هذا في الصورة المتقدمة . فإذا فرض على التقيض من ذلك أن محدث الضرر غير أهل للسائلة عن عمله غير المشروع ، فليس للمسئول عنه أن يرجع عليه بوجه من الوجوه ، لأنه يكون في هذه الحالة مديناً أصلياً ، وينعكس الوضع فلا يلزم من وقع منه الفعل الضار إلا بصفة تبعية أو احتياطية ، كما تقدم بيان ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١١ - ص ٢٢٢) .

وسرى أن المتبوع يرجع على التابع بما دفع من التعويض . أما متولى الرقابة فقد رأينا أنه يرجع على المميز . ولا يرجع على غير المميز ، وهذه هي حدود مسئولية الغير عن تعويض الضرر التى أشار إليها النص .

المبحث الثانى

مسئولية المتبوع عن التابع (*)

(Responsabilité du commettant du fait de son préposé)

٦٧٥ - **النصوص القانونية** : كان القانون المدنى القديم ينص فى المادتين ٢١٤/١٥٢ على ما يأتى :

« يلزم السيد أيضاً بتعويض الضرر الناشئ عن أفعال خدمته متى كان واقعاً منهم فى حالة تأدية وظائفهم » .

وكان هذا النص يعيبه أنه لم يحدد علاقة التبعية . وأنه يضيق عن أن ينتظم جميع أعمال التابع التى يكون المتبوع مسئولاً عنها .

فجاء القانون المدنى الجديد وأصلح هذه العيوب ، إذ نص فى المادة ١٧٤ على ما يأتى :

« ١ - يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها » .

« ٢ - وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً فى اختيار تابعه متى

(*) بعض المراجع : زنجير (Zingher) رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ - فان دن درايشه (Van den Dreische) رسالة من ليل سنة ١٩٢٤ - دالان (Dallant) رسالة من باريس سنة ١٩٢٧ - الدكتور حلمى بهجت بدوى رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ - راديفرنسكو (Raduversesco) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ - فلور (Flour) رسالة من كان ١٩٣٣ - برتران (Bertrand) رسالة من إكس سنة ١٩٣٥ - الموجز للمؤلف
فقرة ٣٥٠ - فقرة ٣٥٢ - مصطفى مرعى بك فقرة ١٩٣ - فقرة ٢٣٤ - الدكتور أحمد حشمت أبو سديت بك فقرة ٥٠٤ - فقرة ٥٠٩ - الدكتور سليمان مرقس فقرة ٨٨ - فقرة ١٠٠ .

كانت له عليه سلطة فعلية في رقبته وتوجيهه (١) .

ويتبين من هذا النص أن القانون الجديد تجنب العيبين اللذين أشرنا إليهما في القانون القديم . فوسع من دائرة الأعمال التي يسأل عنها المتبوع ، إذ ذكر أنها الأعمال التي تقع من التابع في حالة تأدية وظيفته أو بسببها . وفي هذا لم يفعل القانون الجديد إلا أن يسجل ما جرى عليه القضاء المصري في هذه المسألة .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

١٥ - يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذى يحدثه تامة بعمله غير المشروع أثناء تأدية الوظيفة التى عهد بها إليه . ويكون مسؤولاً كذلك إذا كانت الوظيفة قد هيأت الفرصة للتابع فى ارتكاب العمل غير المشروع حتى لو لم يكن هذا العمل من بين أعمال تلك الوظيفة . ٢ - تقوم علاقة التبعية حتى لو لم يكن المتبوع حراً فى اختيار تامة ، ما دامت له سلطة فعلية فى الرقابة عليه وفى توجيهه ، وما دام يملك أمر فصله . ٣ - ولا يستطيع المتبوع أن يخلص من هذه المسؤولية إلا إذا أثبت أنه كان يستعمل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر .

وفى لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتى : ١٥ - يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذى يحدثه تامة بعمله غير المشروع إذا كان هذا العمل داخل فى أعمال الوظيفة التى عهد بها إليه . ويكون مسؤولاً كذلك إذا كانت الوظيفة هى التى هيأت للتابع الفرصة لارتكاب العمل غير المشروع ولو لم يكن هذا العمل من بين أعمال تلك الوظيفة . ٢ - وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً فى اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقبته وفى توجيهه وكان يملك أمر فصله . ٣ - ويستطيع المتبوع أن يخلص من هذه المسؤولية إذا أثبت أنه لم يكن فى مقدوره أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر . وقد أثار أحد أعضاء اللجنة مسألة مسؤولية المتبوع إذا كان غير مميز ، فأجيب بأنه ما دامت المسؤولية هنا مبنية على خطأ مفترض فلا يتصور افتراض الخطأ فى جانب غير المميز . (المؤلف : سئى أن المتبوع يكون مسؤولاً حتى لو كان غير مميز) . وأصبح رقم المادة ١٧٨ فى المشروع التامى . ووافق عليها مجلس النواب دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى تجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى على الوجه الآتى : « يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذى يحدثه تامة بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها » ، وقد آثرت اللجنة أن تدرج على متوال القانون القديم فى التبرير إبقاء على ما انتهى إليه القضاء من نتائج فى تفسير نص المادة ١٥٢ من القانون القديم . وحذفت من الفقرة الثانية عبارة « وكان يملك أمر فصله » لأن مسألة الفصل لا تعتبر عنصراً لازماً من عناصر رابطة التبعية ، فأجاءنا لا يكون أمر الفصل راجعاً إلى المتبوع ومع ذلك ثبتت المسؤولية ، كما هو الشأن فى المجهدين تجديداً لإجبارياً أو فيمن يخصص لخدمة شخص معين من قبل هيئة من الهيئات . وحذفت اللجنة الفقرة الثالثة من هذه المادة لأن حكمها يفضى إلى جعل قرينة المسؤولية من قبيل الفرائض البسيطة فى هذه الحالة ، ولا محل للجدول عما قرره القانون المحالى من جعل هذه القرينة فاعلة لانقطاع إثبات العكس . وأصبح رقم المادة ١٧٤ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لحنه بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤١٢ - من ٤٢٠ .

ثم حدد علاقة التبعية بأنها تقوم على سلطة فعلية في الرقابة والتوجيه . ولا تقوم
ضرورة على حق الاختيار . وهذا أيضاً ما كان القضاء المصري يجرى عليه .
ولم يزد القانون الجديد على أن سجله .

فنصوص القانون الجديد في هذا الموضوع ، وإن كانت أدق وأكثر
وضوحاً من نصوص القانون القديم ، لم تستحدث جديداً . بل اقتصر
على تسجيل الأحكام التي أقرها القضاء المصري .

ونبحث هنا . كما بحثنا في مسئولية متولى الرقابة . أمرين : (١) متى تتحقق
مسئولية المتبوع عن التابع (٢) الأساس الذي تقوم عليه هذه المسئولية .

المطلب الأول

متى تتحقق مسئولية المتبوع

٦٧٦ - شرطاه : تتحقق المسئولية إذا قامت علاقة تبعية ما بين

شخصين متبوع وتابع ، وارتكب التابع في حالة تأدية وظيفته أو بسببها خطأ
أحدث ضرراً .

فتتحقق المسئولية يستلزم إذن توافر شرطين : (١) علاقة التبعية (٢) خطأ
التابع في حال تأدية وظيفته أو بسببها .

§ ١ - علاقة التبعية

(lien de préposition)

٦٧٧ - عنصريه : تقوم علاقة التبعية في كثير من الحالات على عقد

الخدمة . ولكنها لا تقتضي حتماً وجود هذا العقد ، بل هي لا تقتضي أن يكون
التابع مأجوراً من المتبوع على نحو دائم . أو أن يكون مأجوراً على الإطلاق .
فلا ضرورة إذن . في قيام علاقة التبعية . أن يكون هناك أجر يعطيه
المتبوع للتابع . بل لا ضرورة لأن يكون هناك عقد أصلاً بين الاثنين .

وقد بينت الفقرة الثانية من المادة ١٧٤ من القانون المدني الجديد ما هو
المتصور بعلاقة التبعية . إذ نصت على ما يأتي : « وتقوم رابطة التبعية ولو لم

يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه . فعلاقة التبعية تقوم إذن على هذه السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه التي تثبت للمتبوع على التابع (١) .

ونستعرض هذين العنصرين : (١) عنصر السلطة الفعلية (٢) وعنصر الرقابة والتوجيه .

٦٧٨ - عنصر السلطة الفعلية : تقوم علاقة التبعية على سلطة فعلية .

فليس ضرورياً من جهة أن تكون هذه السلطة عقدية تقوم على الاختيار ، ولا أن تكون من جهة أخرى سلطة شرعية .

ليس من الضروري أن تكون سلطة عقدية تقوم على الاختيار . وقد قدمنا أن علاقة التبعية لا تقتضي حتماً أن يكون هناك عقد بين التابع والمتبوع . قد يوجد هذا العقد . بل هو موجود في كثير من الأحوال . ويغلب أن يكون عقد عمل . فالعامل والخادم والطاهي والسائق والمستخدم والموظف . كل

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يضيف حق الفصل . وإن هذا نصير المذكورة الإيضاحية المضموع التمهيدى حيث تقول : « فبراعى أن المشروع حدد علاقة التبعية تحديداً بيناً . فليس من دابة لأشياء » . يختم قيام هذه العلاقة على حرية المتبوع في اختيار تابعه ، فقوامها ولاية الرقابة والتوجيه وما تتبع عند الانقضاء من أعمال حق الفصل . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٤) . وقد رأينا فيما تقدم أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت حق الفصل من معيار علاقة التبعية لأنه ليس عنصراً ضرورياً من عناصرها ، فقد لا يكون أمر الفصل راجعاً إلى المتبوع ومع ذلك تثبت المسؤولية ، كما هو الشأن في المحدثين تجديداً إجبارياً أو فيمن يخصص لخدمة شخص معين عن كل هيئة من الهيئات .

وقد ذهبت محكمة النقض في عهد القانون القديم ، في بعض أحكامها ، إلى الأخذ بحق الاختيار وحق التأديب والفصل من الخدمة لتحديد علاقة التبعية ، فقضت بأن صان السيد قانوناً يقوم على مظنة خطئه في اختيار خادمه وفي مراقبته إياه بما له عليه من حق التأديب والفصل من الخدمة ، فتبعية المحفراء لوزارة الداخلية ترجع إلى أنها مرجع تعينهم ، وهى التي تتولى تعليمهم وتراقبهم ، كما أن لها عليهم حق التأديب والفصل من الخدمة (نقض في ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ المجلة القضائية ١٩ ص ١٩) .

ثم تركت محكمة النقض معيار الاختيار والفصل إلى معيار السلطة الفعلية في الرقابة والتوجيه ، وهو المعيار الذى أخذ به القانون الجديد ، فقضت بأن مسؤولية السيد عن أعمال خادمه لا تقوم على مجرد اختياره تابعه ، بل هى في الواقع تقوم على علاقة التبعية التي تجعل السيد يسيطر على أعمال التابع فيبهر كيف شاء بما يصدره إليه من الأوامر والتعليمات (نقض مدنى في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحللة ٢٠ رقم ٢٩٤ ص ٧٦١) .

هؤلاء تابعون ومتبوعهم هو رب العمل أو سيد البيت أو صاحب المتجر أو الحكومة . ولكن علاقة التبعية . حتى في هذه الأحوال . لا تقوم على عقد العمل . فالأمر أن هذا العقد كان باطلاً . لبقيت مع ذلك علاقة التبعية قائمة ما دامت هناك سلطة فعلية للمتبوع على التابع . بل ليس من الضروري أن يكون المتبوع قد اختار شخص تابعه . وقد كان الفقه والقضاء قديماً يقيمان علاقة التبعية على فكرة الاختيار . ويعتبران خطأ المتبوع المفترض هو خطأ في الاختيار (culpa in eligendo) . ولكنهما نبذا هذا الرأي تدرجاً . فأجازا أولاً أن يكون الاختيار مقيداً . أى محصوراً في أشخاص معينين لا يملك المتبوع أن يختار تابعه إلا منهم . كما إذا كان الاختيار موكولاً إلى مسابقة بشرط للتقدم إليها مؤهلات خاصة . ثم أجازا بعد ذلك أن يكون الاختيار مفروضاً على المتبوع . كالسفينة تدخل في الميناء فيقودها «مرشد» لا تملك أن تختار سواه . وكمجلس بلدى يقوم بالعمل عنده موظفون تعيينهم الحكومة فلا يد له في اختيارهم . وكما أنه ليس من الضروري أن يكون للمتبوع حق اختيار تابعه . كذلك ليس من الضروري أن يملك أمر فصله . وهذا هو شأن موظفى المجلس البلدى الذين عينتهم الحكومة . فالمجلس لم يختارهم ولا يملك أمر فصلهم . بل الحكومة هى التى تعيينهم وتفصلهم . ومع ذلك فإنهم يعتبرون تابعين للمجلس البلدى لا للحكومة .

وليس من الضروري أن تكون السلطة شرعية . بل يكفي أن تكون سلطة فعلية . فقد لا يكون للمتبوع الحق في هذه السلطة ، بأن يكون استمدها من عقد باطل أو عقد غير مشروع أو اغتصبها دون عقد أصلاً . ولكنه مادام يستعملها فعلاً ، بل ما دام يستطيع أن يستعملها حتى لو لم يستعملها بالفعل ، فهذا كاف في قيام علاقة التبعية (١) .

٦٧٩- عنصر الرقابة والتوجيه : ويجب أن تكون هذه السلطة الفعلية

منصبة على الرقابة والتوجيه (٢) . فالمتبوع لا بد أن تكون له السلطة في أن يصدر

(١) وقد يكون الولد تابعاً لأبيه ويكون الأب تابعاً لابنه ، وتكون الزوجة تابعة لزوجها ويكون الزوج تابعاً لزوجته ، ويكون الصديق تابعاً لصديقه ، كل هذا فيما يكل المتبوع منهم لتأمره من أعمال إذا كان للمتبوع السلطة الفعلية على تابعه .

(٢) استئناف مختلط في ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩٠ ص ٤٠٤ - وفي ٨ مايو سنة ١٩٣٠

لتابعه من الأوامر ما يوجهه بها في عمله ولو توجيهاً عاماً (١) . وأن تكون له الرقابة عليه في تنفيذ هذه الأوامر (٢).

ولا يكفي أن يكون هناك مطلق رقابة وتوجيه . فالأب له الرقابة على ولده . ومعلم الحرفة يوجه صبيه . ولا يستلزم هذا أن يكون الولد تابعاً للأب ولا أن يكون الصبي تابعاً لمعلم الحرفة . بل لا بد أن تكون هذه الرقابة والتوجيه في عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع (٣) . وهذا ما يميز المتبوع عن

(١) ومن ثم يكون المندى في الجيش تابعاً لوزارة الدفاع ، إذ يتلقى منها التوجيه العام (محكمة استئناف مصر الوطنية في ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٦ رقم ٢٤٥ من ٦٥٢) .

(٢) ومن ثم لا يكون البواب تابعاً للسكان ولو كان يتقاضى منهم أجراً لقاء خدمات صغيرة ، ولكنه تابع لصاحب العمارة ، ويكون هذا مشمولاً عنه إذا أحدث ضرراً بالسكان أو بالغير أو إذا سرق أحد السكان بإعجال من البواب (استئناف مختلط في ٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ من ١٤٩ — وفي ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ من ١٤٠ — وفي ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٢٢ من ٤٩ — وفي ١٤ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ من ١٩٧ — وفي ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ من ١) . ولا ترفع مسؤولية صاحب العمارة حتى لو استعوط في عقد الإيجار إعفاءه من المسؤولية عن أعمال البواب ، والمسئولية الفضيحة لا يجوز اشتراط الإعفاء منها (استئناف مختلط في ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ من ٢٦٨ — وفي ٦ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ من ٨٥) .

والحال يكون تابعاً لأصاحب الأمعة التي يحملها فيكون هذا مشمولاً عنه (استئناف مختلط في ١٢ يولية سنة ١٩٤٠ م ٥٢ من ٣٠٤) . ومصلحة السكان المهددة تكون مشمولة عن الحال باعتباره تابعاً إذا كان هذا الحال يعمل في شركة تخضع لرقابة المصلحة وتوجيهها (استئناف مختلط في ١٧ يولية سنة ١٩٤٢ م ٥٤ من ٢٤٢) . فإذا لم يكن الحال تابعاً للمصلحة وتسبب في الإضرار براكب ، فإن المصلحة تكون مشمولة عن خطئها الشخصي في أنها لم تتخذ التدابير الكافية لرقابة الركاب ، وتكون متضامنة مع الحال في المسؤولية (استئناف مختلط في ١٧ يولية سنة ١٩٤٢ م ٥٤ من ٢٤٢) .

(٣) ولا يشترط أن يكون للمتبوع علاقة مباشرة بالتابع ، مادام هذا يعمل لحسابه . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن التبوع يكون مشمولاً عن عماله الأصفريين الشاويين ولو كان تعيينهم بمعرفة الموظفين الرئيسيين مادام أن التبيين بمقرتهم داخل فيما رسم لهم صاحب العمل من الاختصاصات . فإذا حوكم ممرض لديه بإيصاله في وفاة مريض وحكم عليه نهائياً بالعقوبة ، فالتبوع يسأل عن هذا الإهمال سواء أكان هو الذي أقام الطبيب في المستشفى في وظيفته وهذا الأخير هو الذي عين الممرض ومن في حكمه أم كان التبوع هو الذي عين الجميع مباشرة (١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٢٠٣ من ٤٣٣) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن التابع إذا أحل ابنه محله ، كان التبوع مشمولاً عن ابنه تابعه إذا كان إحلال الابن يعتبر خطأ من التابع (١٢ يولية سنة ١٩٤٦ م ٥٩ من ١٨) .

الأب ومعلم الحرفة ومقدم العمال . إذ الأب له الرقابة على ولده ولكن في غير عمل معين . ومعلم الحرفة ومقدم العمال لها الرقابة والتوجيه على الصبية والعمال في عمل معين . ولكن الصبية لا يقومون بهذا العمل لحساب معلمهم بل ليتدربوا على العمل . والعمال لا يقومون بالعمل لحساب المقدم عليهم بل لحساب رب العمل . فهم والمقدم معهم تابعون جميعاً لرب العمل (١) .

وتراخي علاقة التبعية بتراخي الرقابة والتوجيه . حتى إذا لم يبق لدى المتبوع سلطة كافية في الرقابة والتوجيه انعدمت علاقة التبعية . فالأطباء الذين يعملون في مستشفى لحسابهم لا يعتبرون تابعين لإدارة المستشفى . وأعضاء

== بل قد يكون التابع غير معين، ويبقى المتبوع مسؤولاً عنه؛ وإن كان لا يستطيع الرجوع عليه فيما بعد، ويكون شأن المتبوع معه في ذلك شأنه مع التابع العسر . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه يكفي في مساءلة المخدم مدنياً أن يثبت أن الحادث قد تسبب عن خطأ خادم له ولو تعذر تعيينه من بين خدمه . فإدام الحكم قد أثبت أن وفاة المجنى عليه لا بد أن تكون قد نشأت عن خطأ أحد المهيمن (الكسارى أو السائق) اللذين هما تابعان لإدارة النقل المشترك، فإن مساءلة هذه الإدارة مدنياً تكون متعينة لأنها مسئولة عما يقع من مستخدميها في أثناء تأدية خدمتهم، ولا يمنع من ذلك أن المحكمة لم تمنع تعيين المخطئ منها . وليس في التزام الإدارة بالتعويض مع تبرئة الكسارى خروج عن القواعد الخاصة بالمسئولية، لأن هذه التبرئة قائمة على عدم ثبوت ارتكابه الخطأ الذي أدى إلى وقوع الحادث، أما مسئوليتها فمؤسفة على ما ثبت قطعاً من أن هذا الخطأ إنما وقع من أحد خادميها اللذين كانا يعملان معاً في السيارة . ولا يشترط مساءلة المخدم عن خطأ خادمه أن يكون الخادم حاضراً أو ممثلاً في الدعوى التي تقام على المخدم، فالنزاع عن محاسبة ورتة الخادم لا يحول دون مطالبة المخدم، إذ هذا النزاع ليس فيه ما يفيد عدم مسئولية الخادم حتى كان يمكن أن يقال بعدم مسئولية المخدم (نقض جنائي في ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٤٣ الحاماة ٢٦ رقم ١٣٧ من ٣٧٢) . وانظر تعليقاً على هذا الحكم للدكتور سليمان مرقص في مجلة القانون والاقتصاد ١٧ العدد الثاني — وقد أشار المعلق في تطبيقه إلى حكم آخر صادر في هذا المعنى من محكمة الاستئناف في ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩ الحاماة ١٠ من ٥٩٤، وفيه اعتبرت الحكومة مسئولة عن استبدال فضاء من رتبة أدنى بفضاء من رتبة أعلى ما دام من المفلووع به فيه أن هذا الاستبدال قد حدث إما في المركز أو لدى نائب العمدة أو لدى شيخ الحفراء، فكل هؤلاء تابعون للحكومة) .

(١) ولهذا التمييز أهمية كبيرة، إذ أن مسئولية الأب عن ولده باعتباره تابعاً تختلف عن مسئولية عن ولده باعتباره تحت رقبته، فالمسئولية الأولى لا تندفع بنى الخطأ، وتندفع المسئولية الأخرى بنفيه على النحو الذي قدمناه .

الجمعية لا يعتبرون تابعين لها . والشركاء لا يعتبرون تابعين للشركة (١). والمقاول إذا كان مستقلاً لا يعتبر تابعاً لرب العمل . وهذا فرق ما بين عقد العمل وعقد المقاول (٢) . وإذا أعار شخص سيارته لصديق وترك له زمامها فلا يعتبر

(١) ولكن مدير الشركة يعتبر تابعاً للشركة (استئناف مختلط في ١١ يولية سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٣٥ - وفي ٣٠ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٩) . والمأزم يبيع منتجات شركة في جهة معينة يعتبر سائقه تابعاً لهذه الشركة إذا كان المأزم مثلاً للشركة (استئناف مختلط في ١٢ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٠) .
وتعتبر المصلحة تابعة للطبيب الذي تعمل في خدمته (استئناف مختلط في ٢ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠) . ولا يعتبر المؤجر متبوعاً لمستأجره (محكمة المنصورة الجزئية المختلطة في ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ جازيت ١٠ رقم ٨٤ ص ٨٠) - ولا يعتبر الوصي تابعاً للقاصر (استئناف مختلط في ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٨) .

ولا يعتبر ناظر الوقف تابعاً والوقف متبوعاً إلا إذا كان الناظر معيناً من قبل المستحقين ، أما إذا عينته وزارة الأوقاف أو القاضي فلا (استئناف مختلط في ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٧٩ الجمعية الرسمية للحكام المختلطة ص ٨٣ - وفي ١٩ يولية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٦) . وهناك أحكام قضت بأن الوقف لا يكون متبوعاً لأنه ليس بشخص اعتباري (استئناف مختلط في ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٠) ، ولأن الوقف لا يلزم في غير حالة المرض إلا بدين أجازاه القاضي ولأن تصرف الناظر لا يلزم الوقف إلا فيما فيه صالح الوقف (استئناف مختلط في ١٦ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٨٢ - وفي ٣١ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٥٧) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن ناظر الوقف الذي لا يعطى المستحقين استحقاقهم في الوقف لا يجعل الوقف مشلولاً عنه (١٩ يولية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٦ - وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ١٦٦) . ويرى الأستاذ مصطفى مرعي بك أن الوقف يسأل عن الخطأ الذي يقع من الناظر في أثناء عمله التوط به بحكم وظيفته ، فإذا أتى الناظر في أثناء هذا العمل خطأ ضاراً بالنظر كان للضرور أن يرجع على الوقف متضاماً مع الناظر وللوقف أن يرجع على الناظر بما يدفعه عنه (الشولية المدنية فقرة ٢٠٩ - ٢١١) . ونحن إذا كنا نرى أن الوقف شخص معنوي ، إلا أننا نؤثر ألا يلزم بتصرفات الناظر ، قولية كانت أو فعلية ، إلا في الحدود التي رسمها الفقه الإسلامي ، فإن الوقف نظام من خلق هذا الفقه ، فيؤخذ منه كما هو في غير ما تدعو له الضرورة .

والمارس على الأشياء المجوزة يعتبر تابعاً للحاجز إذا كان هو الذي اختاره (محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ الطاماة ١١ رقم ٣٦٨ ص ٧٢٠) ، ولا يعتبر تابعاً له إذا عينه المحضر (محكمة مصر الوطنية في ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ الطاماة ١٢ رقم ١٣٤ ص ٣٥١ - استئناف مختلط في ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٥٥ - وفي ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٠٣) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المقاول إذا كان يعمل مستقلاً لا تحت رقابة صاحب العمل ، فإن المقاول لا يعتبر تابعاً لصاحب العمل (استئناف مختلط في ٢٧ أبريل سنة

اصديق تابعاً لاصديقه . ولكن إذا ترك الأب سيارته لولده يقودها وأشرف

— ١٨٩٩ م ١١ م ١٩٦ — وفي ٢٤ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ م ٣٥٩ — وفي ٢٢
نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ م ٦٤ — وفي ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ م ٤١٥ — وفي
٣ يونية سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ٤٦٠ — وفي ٣ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ م ١٥٢ — وفي
١٧ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ م ١٨٢ .

وهناك أحكام قضت بأن الما قول يعتبر تابعاً لصاحب العمل متى كان ينبع اقتصادياً ولو كان
مستقلته في العمل ، كعلم أنظار يعتبر تابعاً لصاحب العمل أو للما قول الأصلي (استئناف
محتفظ في ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ م ٤١٥ — وفي ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ م ١٧٠) .
ولا تعتبر الحكومة متبوعة للما قول ولا تكون مسئولة عن خطئه إذا لم تحتفظ إلا بحق
الإشراف العام عليه دون أن يكون لها حق التوجيه والإدارة (استئناف محتفظ في ٢٤ فبراير
سنة ١٩٤٩ م ٦١ م ٦٠) ، وكانت الأحكام القديمة تقضى بقيام علاقة التبعية في هذه
الحالة (محكمة استئناف مصر الوطنية في ٣١ يناير سنة ١٩٣٧ العامة ١٧ رقم ٥٤١ م ١٠٦١ —
استئناف محتفظ في ٢٤ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ م ٣٦٢ — وفي ٤ نوفمبر سنة
١٩١٤ م ٢٧ م ٨) ، ثم تطورت الأحكام إلى التمييز بين مجرد الإشراف العام فلا تقوم
علاقة التبعية والإشراف المصحوب بالتوجيه والإدارة فتقوم هذه العلاقة (استئناف محتفظ في
٣ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ م ١٥٢ — وفي ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ م ١٨٢ —
وفي ٧ يونية سنة ١٩٣٤ م ٤٦ م ٣٢٢ — وفي ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ م ٩٥ —
وفي ١٧ يونية سنة ١٩٤٨ م ٦٠ م ١٤٩ — وفي ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١
م ٦٠ وهو الحكم الذي سبقت الإشارة إليه) ، وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى
بأنه إذا أسس الحكم مسؤولية الحكومة عن الما قول على مجرد قوله إنها كانت تصرف
على عمل الما قول دون أن يبين مدى هذا الإشراف حتى يعرف ما يكون قد وقع من
موظفيها من خطأ في عملية الما قولة ، وما أثر هذا الخطأ في سير الأعمال ، وما علاقته بالضرر
الذي وقع ، أو هل الإشراف قد تجاوز التنفيذ في حد ذاته واحترام شروط الما قولة مما يؤخذ
منه أن الحكومة تدخلت تدخلاً فعلياً في تنفيذ عملية الما قولة بتسييرها الما قول كما شاءت ، فهذا
الحكم يكون قاصراً عن إيراد البيانات الكافية لقيام المسؤولية (نقض مدني في ١٧ أبريل
سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١١٢ م ٣٤٠) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأن مالك
المرآل لا يسأل عن خطأ الصانع الذي استأجره لعمل معين إذا كان لم يتدخل معه في إجراء
هذا العمل (نقض مدني في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣ م ٢٥) .

ومتى ثبت أن الما قول ليس تابعاً لرب العمل ، فلا يكون هذا مثولاً عنه إلا إذا ارتكب
خطأ شخصياً بأن عهد بالعمل إلى ماقول لا تتوفر فيه الشروط اللازمة للعمل الفني الذي عهد
به إليه ، فيكون صاحب العمل مثولاً عن خطئه الشخصي لا عن خطأ الما قول (استئناف
محتفظ في ٢٤ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ م ٣٥٩ — وفي ١٠ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣
م ٣٠٦ — وفي ٤ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ م ٧ — وفي ٣ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ م
١٥٢ — وفي ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ م ١٨٢) . ولا يكون الما قول الأصلي مثولاً عن
تابع الما قول من الباطن (استئناف محتفظ في ١٤ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ م ١١٨ : ولكن
إذا ارتكب الما قول الأصلي خطأ شخصياً كان مثولاً عنه) .

عليه في قيادتها اعتبر الولد تابعاً لأبيه (١) . وإذا استأجر صاحب السيارة سائقاً اعتبر هذا السائق تابعاً له (٢) . أما إذا استأجر شخص سيارة بالآجرة (تاكسى) فإن السائق لا يكون تابعاً له لأنه مستقل عنه وليس للراكب عليه حق الرقابة والتوجيه (٣) . أما العلاقة فيما بين الموكل والوكيل فقد تكون علاقة تبعية أو لا تكون . تبعاً لما إذا كان الوكيل خاضعاً أو غير خاضع لرقابة الموكل وتوجيهه في العمل الذى عهد به إليه (٤) .

وقد تنوع الرقابة والتوجيه بين أكثر من شخص واحد . فإذا استخدم عدة أشخاص شخصاً واحداً في عمل مشترك لهم . كانوا كلهم متبوعين

(١) استئناف مختلط في ٩ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ م ١٧٥ - وإذا كلف الأب ولده تأدية مهمة ، فساق الولد سيارة لتأدية هذه المهمة ، اعتبر تابعاً لأبيه (استئناف مختلط في ٢٢ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ م ٢٨١) . وإذا أعار الأب ابنه أو ابنته سيارة ، وكان الابن أو البنت تملك رخصة شخصية للقيادة ، فلا يعتبر أى منهما تابعاً لأبيه (استئناف مختلط في ٢٩ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ م ٢٢٣ - وفي ١٩ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ م ٣٠٢) . وكذلك لا يكون الابن تابعاً إذا أعاره أبوه سيارته ولم يكن الابن يقضى مصلحة للأب بل يقضى مصلحة شخصية لنفسه (استئناف مختلط في ١٥ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ م ٣٧٦) . ويعتبر الأب مسئولاً عن حادث سيارة ، ولو اشترت باسم ابنته ، إذا كان سائق السيارة الذى وقع بخطئه الحادث أقر أنه مستخدم عند الأب وتبين أن الآلة تقيم مع والديها وليس لها مال ظاهر يسمح بشرائها السيارة (استئناف مختلط في ٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٥١٤) .

(٢) استئناف مختلط في ٨ يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ م ٣٦٠ - وفي ١٢ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ م ٢٤٩ - وصاحب الجراح ، مسئول عن أخطاء السائق الذى يستخدمه (استئناف مختلط في ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ م ٧٣) ، حتى لو ذهب هذا وساق سيارة لعميل ليحضرها إلى الجراح (استئناف مختلط في ٨ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ م ١٤٩) .

(٣) ولا تعتبر الشركة مسئولة عن أعمال صاحب عربة تستخدمه للنقل إذا كان مستقلاً في عمله (استئناف مختلط في ١٢ يونيو سنة ١٩٤٦ م ٥٩ م ١٨) . ولكن مالك سيارة الآجرة (التاكسى) يكون مسئولاً عن السائق (استئناف مختلط في ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ م ٢١) .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف المختاطة بأن الموكل يسأل بالتضامن مع وكيله عن الإجراءات الكيدية التى يباشرها الوكيل ولو بغير إجازة موكله (٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ٢٩٣) . وقضت أيضاً بأن الموكل يسأل عن الفسخ الذى وقع من وكيله (٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٢٤٩) . وقضت كذلك بأن المالك مسئول عن الخطأ الذى يرتكبه من يدير ملكه (٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ م ٣٤٠) . وانظر في مسؤولية الموكل عن وكيله الأستاذ مدظفى مرعى بك في المسؤولية المدنية فترة ٢٠٤ - - فترة ٢٠٨ .

لستخدامهم . وكانوا مسئولين عن عمله بالتضامن فيما بينهم . وقد يقوم شخص بأعمال متفرقة لأشخاص متعددين . كالمخادم تقوم بالشؤون المنزلية لأسرات متعددة في أوقات متعاقبة فتنتقل من منزل إلى آخر . ونكون في هذه الحالة تابعة للمخدوم الذى تقوم بشؤون منزله في الوقت الذى تودى فيه هذا العمل (١) . وقد يعبر المتبوع تابعه لشخص آخر . فإذا استبقى المعير رقابته وتوجيهه بقى متبوعاً . أما إذا انتقلت الرقابة والتوجيه إلى المستعير كان هذا هو المتبوع . مثل ذلك شخص يعبر سيارته مع سائقها لصديق . فإن انتقلت الرقابة والتوجيه إلى الصديق وبخاصة إذا كانت الإعارة لمدة طويلة أصبح السائق تابعاً له (٢) . وبظل السائق تابعاً لمتبوعه الأول إذا كان هذا قد احتفظ لنفسه بحق الرقابة والتوجيه .

وليس من الضروري أن يكون المتبوع قادراً على الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية ، بل يكفي أن يكون من الناحية الإدارية هو صاحب الرقابة والتوجيه . فصاحب السيارة حتى لو لم يكن يعرف القيادة متبوع لسائقها ، وصاحب المستشفى متبوع لأطبائه الذين يعملون لحسابه في المستشفى حتى لو لم يكن هو نفسه طبيباً (٣) . وقد يكون المتبوع غير قادر على الرقابة والتوجيه

(١) استئناف مختلط في ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٧٥ .

(٢) ويكون الصديق في هذه الحالة متبوعاً عرضياً (commettant occasionnel) : أنظر في مسؤولية المتبوع الرضى تليقاً للدكتور سليمان مرقص على الحكم الصادر من محكمة النقض في ١٥ فبراير سنة ١٩٤٣ (القبضية رقم ٥١٣ سنة ١٣ قضائية) في مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ٥٤٥ - ٥٥٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ثبت أن الطاعن قد اختار السائق وكانت له عليه وقت حصول الحادث سلطة الأمر والنهي ، ولو لم يكن هو المالك للسيارة ، فإن الحكم بالزام الطاعن بالتعويض عن خطأ السائق في هذه الحالة يكون صحيحاً (قضى جنائى في ١٨ أكتوبر سنة ١٩٤٩ الحاماة ٣٠ رقم ٢٢٧ ص ٤٣٢) . ويعتبر صاحب السيارة المطلقة متبوعاً عرضياً لسائق يربط السيارة المطلقة في سيارته (استئناف مختلط في ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠٩) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن وجود علاقة تبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى الذى عالج فيه المريض ، ولو كانت علاقة تبعية أدبية ، كاف لتحيل المستشفى مسؤولية خطأ الطبيب (قضى مدنى في ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٦ ص ١١٥٦) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الصيدلى يعتبر تابعاً لصاحب الصيدلية ولو لم يكن هذا فنياً ، لأنه هو الذى اختاره وعليه رقابته (١٦ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٠) . ولكن لا يعتبر القاول متبوعاً لطبيب إذا نظم القاول عيادة لهاله بالجان واستخدم فيها الطبيب وكان هذا حائراً على المؤامرات اللازمة (استئناف مختلط في ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٣) .

حتى من الناحية الإدارية . كأن يكون صغيراً أو غير مميز . فينوب عنه نائبه . من ولى أو وصى أو قيم ، في القيام بالرقابة على التابع وفي توجيهه (١) .

٢٤ - خطأ التابع في حالة تأدية وظيفته أو بسببها

٦٨٠ - أمراءه : متى قامت علاقة التبعية بين شخصين على النحو الذى قدمناه ، فإن مسؤولية المتبوع عن التابع تتحقق إذا ارتكب التابع خطأً أضر بالغير في حال تأدية وظيفته أو بسببها . وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ١٧٩ : « يكون المتبوع مسؤولاً عن الضرر الذى يحدثه تبعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها » . فيشترط إذن أمران : (١) أن يرتكب التابع خطأً يضر بالغير (٢) وأن يرتكب هذا الخطأ في حال تأدية وظيفته أو بسببها .

٦٨١ - خطأ يرتكبه التابع يضر بالغير : لا تقوم مسؤولية المتبوع إلا إذا تحققت مسؤولية التابع . فإن الأولى فرع عن الثانية (٢) . وحتى تقوم مسؤولية التابع يجب أن تتوافر بالنسبة إليه أركان المسؤولية الثلاثة : الخطأ والضرر وعلاقة السببية .

فيجب إذن على المضرور . حتى في رجوعه على المتبوع . أن يثبت خطأ التابع . ومن الجائز في بعض الحالات أن تتحقق مسؤولية التابع على أساس خطأ مفترض . مثل ذلك أن يكون التابع مديراً في مدرسة أميرية . فتقوم مسؤوليته عن تلاميذه على أساس خطأ مفترض افتراضاً يقبل إثبات العكس . فإذا لم يثبت العكس كان مسؤولاً بمقتضى هذا الخطأ المفترض . وكانت الحكومة مسئولة عنه باعتبارها متبوعاً . ومثل ذلك أيضاً أن يفقد التابع سيارة

(١) وسرى فيما يلى ، عند الكلام في أساس مسؤولية المتبوع ، أن المتبوع قد يكون غير مميز .

(٢) محكمة استئناف أسبوط في ٢ يولية سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣/٢٧ ص ٥٠ . وقد قضت محكمة النقض بأن انتفاء المسؤولية المدنية عن التابع ينفيها أيضاً عن المتبوع بطريق التبعية (قض مدنى في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١/٩٤ ص ١٩٨) . وقضت كذلك بأن الحكم ببراءة التابع لجنونه لا يغير الحكم بالتعويض على متبوعه (قض جنائى في ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ المحاماة ٢٧ رقم ٥٧ ص ٩٩) .

هو الحارس لها . ويدّعى أحد العابرة حال تأدية وظيفته أو بسبب هذه الوظيفة . فإن مسؤوليته تتحقق في هذه الصورة على أساس خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس باعتباره الحارس للسيارة . وتتحقق معها مسؤولية المتبوع . فالقاعدة إذن أنه حيث تتحقق مسؤولية التابع ، بناء على خطأ واجب الإثبات أو بناء على خطأ مفترض افتراضاً قابلاً لإثبات العكس أو غير قابل لذلك . فإن مسؤولية المتبوع تقوم إلى جانب مسؤولية التابع (١) .

ويجب على المضرور كذلك أن يثبت أن خطأ التابع قد ألحق به الضرر . وسرى أنه يجوز أن يكون المضرور هو أيضاً تابعاً لنفس المتبوع ، فينبق المتبوع مسئولاً أمامه عن خطأ التابع الأول . أما إذا كان المضرور هو المتبوع ذاته ، فسرى أن التابع لا يستطيع أن يتمسك بخطأ مفترض ضده ليتخفف من المسؤولية، وكذلك إذا كان المضرور هو التابع وقد ألحق الأذى بنفسه وهو في خدمة متبوعه . فسرى أنه لا يرجع على المتبوع بخطأ مفترض .

٦٨٢- مال تأدية الوظيفة أو بسببها - القاعدة العامة: ويجب أن يكون

التابع قد ارتكب الخطأ حال تأدية وظيفته أو بسببها . وهذا هو الضابط الذي يربط مسؤولية المتبوع بعمل التابع ، ويبرر في الوقت ذاته هذه المسؤولية . فإنه لا يجوز إطلاق مسؤولية المتبوع عن كل خطأ يرتكبه التابع ، وإلا كانت هذه المسؤولية غير مستساغة ولا معقولة . وإنما تستساغ مسؤولية المتبوع عن خطأ التابع وتكون معقولة إذا اقتصر على الخطأ الذي يرتكبه التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها ، ففي هذه الحدود وحدها يقوم الأساس الذي تبنى عليه مسؤولية المتبوع . سواء كان هذا الأساس خطأ مفترضاً أو ضمناً أو امتداداً لشخصية المتبوع على النحو الذي سنبيّنه فيما بعد .

(١) وإذا كانت السيارة في المثل الذي نحن بصدده في حراسة شخص غير التابع والمتبوع ، كما لو أغار صديق سيارته للمتبوع مع الاحتفاظ بالحراسة (garde) ، فدفعها هذا إلى تابعه ، ودّعه بها التابع أحد العابرة ، فإن المضرور يكون له الرجوع على التابع بمقتضى خطأ يجب إثباته ، ومن ثم يكون له الرجوع على المتبوع . كذلك يكون له الرجوع على صاحب السيارة الذي احتفظ بالحراسة بمقتضى خطأ مفترض ، فإذا رجع عليه دون أن يثبت خطأ في جانب التابع ، فإنه لا يستطيع الرجوع على التابع ما دام لم يثبت في جانبه خطأ ، كما لا يستطيع الرجوع على المتبوع لأن مسؤولية التابع لم تتحقق .

والقاعدة هي أن يقع الخطأ من التابع وهو يقوم بعمل من أعمال وظيفته، أو أن يقع الخطأ منه بسبب هذه الوظيفة . فلا يكفي أن يقع الخطأ بمناسبة الوظيفة (à l'occasion de la fonction) . بأن تكون الوظيفة قد سهلت ارتكاب الخطأ أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه (١) . بل يجب . إذا لم يكن الخطأ قد وقع في عمل من أعمال الوظيفة . أن تكون هناك في القليل علاقة سببية وثيقة بين الخطأ والوظيفة . بحيث يثبت أن التابع ما كان يستطيع ارتكاب الخطأ أو ما كان يفكر في ارتكابه لولا الوظيفة . ويستوى أن يتحقق ذلك عن طريق مجاوزة التابع لحدود وظيفته . أو عن طريق الإساءة في استعمال هذه الوظيفة ، أو عن طريق استغلالها (٢) . ويستوى كذلك أن يكون خطأ التابع قد أمر به المتبوع أو لم يأمر (٣) . علم به أو لم يعلم (٤) . عارض فيه أو لم يعارض (٥) . ويستوى أخيراً أن يكون

(١) وقد ذهب الأستاذ مصطفى مرعي بك في كتابه « المسؤولية المدنية في القانون المصري » فقرة ٢٢٠ - فقرة ٢٢٩ إلى أنه يكفي أن تكون الوظيفة قد سهلت ارتكاب الخطأ أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه ، حتى تتحقق مسؤولية المتبوع عن تابعه - واستشهد بأحكام صدرت من محكمة النقض وردت فيها هذه العبارات . ونحن نرى أن هذا توسع لامبر له في مسؤولية المتبوع ، وأن محكمة النقض في الأقضية التي فصلت فيها كانت في غنى عن تقرير المبدأ على هذا النحو من السهولة ، وسنعود إلى تفصيل ذلك (أنظر في هذا المعنى الدكتور سليمان مرقس في تعليقه المنشور في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٦٩ - ص ١٧٦) .

(٢) ويفصل بعض الفقهاء ما بين هذه الفروض الثلاثة - مجاوزة حدود الوظيفة والإساءة في استعمالها واستغلالها - حتى إذا أورد الأمثلة على كل فرض منها ، دق التمييز بينها حتى بينهم . وحتى تتدخل الفروض بعضها في بعض ، ويصعب التفرقة بين فرض وفرض (أنظر المسؤولية المدنية للأستاذ مصطفى مرعي بك فقرة ٢٢٠ وما بعدها حيث يستعرض هذه الفروض ، ويأتي بأمثال لكل فرض يصعب في بعضها تخصيصه لفرض دون آخر) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط أن تكون الجريمة التي تقع من الخادم قد وقعت بتعريض من السيد ، وبأن أساس مسؤولية السيد عن أخطاء خادمه قائمة قانوناً على ما يفترض في جانب المتبوع من الخطأ والتقصير في اختيار التابع أو في رقابته ، وهذا النوع من المسؤولية لا يشترط فيه تعريض من السيد ولا صدور أي عمل إيجابي منه (نقض جنائي في ٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٠١ ص ٥٨٣) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن مسؤولية المتبوع تتحقق حتى لو كان غائباً وغير عالم بجريمة التابع (نقض جنائي في ٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٠١ ص ٥٨٣ وهو الحكم الذي سبق الإشارة إليه - قارن نقض جنائي في ٢٩ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٥٩ ص ١٠٥) .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفي لتطبيق المادة ١٥٢ من القانون المدني (القديم) أن =

التابع في ارتكابه للخطأ قد قصد خدمة متبوعه أو اندفع إلى الخطأ بحافز شخصي (١). يستوى كل ذلك ما دام الشرط الذى أسلفنا ذكره قد توافر ، فلم يكن التابع ليستطيع ارتكاب الخطأ أو لم يكن ليفكر في ارتكابه لولا الوظيفة (٢).

وإذا كان لا يكفى لمساءلة المتبوع أن يقع الخطأ بمناسبة الوظيفة . فأولى ألا تتحقق هذه المسألة إذا كان خطأ التابع أجنبياً عن الوظيفة لا تربطه بها أية علاقة .

ويخلص لنا مما قدمناه حالات أربع : (١) الخطأ في تأدية الوظيفة . (٢) الخطأ بسبب الوظيفة . (٣) الخطأ بمناسبة الوظيفة (أو الخطأ الذى هيات له الوظيفة) . (٤) الخطأ الأجنبى عن الوظيفة .

والخطأ في الحالتين الأوليين يحقق مسئولية المتبوع . ولا يحققها في الحالتين الأخيرتين . ونستعرض كلاً من الحالات الأربع .

= يقع الخطأ النتج للضرر من خادم وأن يكون الخطأ قد وقع أثناء تأدية الخادم عمله، فتي توافرت هذه الشروط ثبتت مسئولية السيد بحكم القانون ، وبغير حاجة إلى البحث فيما إذا كان السيد قد أحسن أو أساء اختيار خادمه ومراقبته ، أو أن الخادم قد خالف أمر سيده ، لأن هذه المسئولية إنما هي مسئولية مفترضة افتراضاً قانونياً (نقض مدنى في ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ٢ رقم ٥ ص ٨١) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن السيد مسئول ولو كان الخادم ارتكب الفعل رغمًا من أوامر سيده (استئناف في ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٣/٦٠٩ ص ٧٣٧) ، وقضت أيضا بأن مسئولية التبوع تتحقق طالما كان الفعل متصلاً بعمل التابع ، ولو كان ناشئاً عن سوء استعماله لمهام وظيفته أو عن إغفاله أوامر سيده (استئناف في ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٢/٥٢١ ص ٨٦٦) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى ارتكب الخادم الخطأ أثناء تأدية عمله ، سواء كان هذا الخطأ ناشئاً عن باعش شخصى له أو عن الرغبة في خدمة السيد ، فقد ترتبت مسئولية السيد مدنياً عن هذا الخطأ (نقض جنائى في ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٢١٩ ص ٤٢٠ - وفى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٨ ص ١٩ - وفى ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٣٥٩ ص ٨٥٢ - قارن نقض جنائى في ١٠ أبريل سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١/٣ ص ٤ - محكمة مصر الوطنية في ١٢ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٨١ ص ٨٢٩ - استئناف مختلط في ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٤ - وفى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٨٥) .

(٢) وضعنا الشرط الذى يجب توافره لتحقيق مسئولية التبوع في هذه الصيغة عمداً ، إذ لا يكفى أن يقال - كما يقال عادة - إنه لولا الوظيفة لما وقع الخطأ ، بل يجب أن يثبت أيضاً أنه لولا الوظيفة لما استطاع التابع أن يرتكب الخطأ أو لا يفكر في ارتكابه .

٦٨٣ - الخطأ في تأدية الوظيفة : الأصل أن الخطأ الذي يرتكبه التابع ،

فتتحقق به مسؤولية المتبوع . يقع وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته . فسائق السيارة . وهو تابع لصاحبها . إذا دهم شخصاً في الطريق عن خطأ يكون قد ارتكب هذا الخطأ وهو يقود السيارة . أى يؤدي عملاً من أعمال وظيفته . فيكون المتبوع وهو صاحب السيارة مسئولاً عن هذا الخطأ . والخادم وهو يقوم بأعمال النظافة في منزل مخدومه . فيلقى خطأ في الطريق جسيماً صلباً يؤدي أحد المارة . يرتكب الخطأ وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته . فيكون المخدوم مسئولاً عنه . وخفير الدرك وهو يضبط المتهمة . . فيطلق عياراً نارياً عن خطأ منه فتصيب مقتلاً من المتهمة . يكون قد ارتكب خطأ وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته . وتكون الحكومة مسئولة عنه . والطبيب الذى يعمل لحساب مستشفى . إذا أخطأ في علاج مريض : يكون قد ارتكب الخطأ وهو يؤدي عملاً من أعمال وظيفته . فتكون إدارة المستشفى مسئولة عنه . وقس على هذه الأمثلة كثيراً غير هذا (١) .

وقد قدمنا أنه يستوى أن يكون الخطأ في تأدية الوظيفة قد وقع بناء على

(١) وقد قضت محكمة النقض أن الخفير الذى يطلق في رعونة عياراً نارياً في أثناء حراسته لئلا فيصيب شخصاً يكون قد ارتكب خطأ يجعل الحكومة مسئولة عنه (نقض جنائى في ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ الحاماة ٥ رقم ٦٠٩ من ٧٣٧) . وقضت أيضاً بأن سائق السيارة إذا تركبها وبها مفتاح الحركة في عهدة تابع آخر مخدومه (خفير زراعة) ، بعث هذا التابع الذى يجعل القيادة بالمفتاح ، فانطلقت السيارة على غير هدى وأصابت انجنى عليهما ، يكون قد ارتكب خطأ وهو يقوم بعمل من أعمال وظيفته ، وهو حفظ السيارة من أن يبعث بها ، ويكون المخدوم مسئولاً عن ذلك (نقض جنائى في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٠ الحاماة ٢١ رقم ٣٠٧ من ٧٠٢) . وقضت محكمة استئناف مصر الوضعية بأن الممرض الذى يعمل في خدمة مستشفى ، إذا أخطأ فأعطى المريض سماً بدلاً من الدواء ، وترتب على هذا الخطأ موت المريض ، يكون قد ارتكب الخطأ في عمل من أعمال وظيفته ، وتكون إدارة المستشفى مسئولة عنه (استئناف مصر في ٢٩ فبراير سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٣٦ من ٦٧) . وقضت أيضاً بأن المحضر الذى يبطئ في إعلان صحيفة الاستئناف ، ويترب على ذلك عدم قبول الاستئناف ، يكون قد أخطأ في عمل من أعمال وظيفته ، وتكون الحكومة مسئولة عنه (استئناف مصر في ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ الحاماة ١٣ رقم ٣٥٦ من ٧٢٠) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البراب ، إذا تهاون فكأن لصاً من سرقة مال أحد المستأجرين ، يكون قد ارتكب خطأ في عمل من أعمال وظيفته ، ويكون المالك مخدومه مسئولاً عنه (استئناف مختلط في ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ من ١٤٠) .

أمر من المخدم . أو بغير أمر منه ولكن يعلمه . أو بغير علم منه ولكن دون معارضة . أو وقع الخطأ بالرغم من معارضة المخدم . والخطأ في جميع هذه الأحوال هو . كما عرفناه . انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد .

٦٨٤ - الخطأ بسبب الوظيفة : وقد يرتكب التابع الخطأ وهو لا يؤدي

عملاً من أعمال وظيفته . ولكن الوظيفة تكون هي السبب في ارتكابه لهذا الخطأ . فيكون المتبوع مسئولاً عنه في هذه الحالة ، لأن هناك علاقة وثيقة بين الخطأ والوظيفة ، إذ كانت الوظيفة هي السبب المباشر للخطأ .

ولا يكفي القول بالسببية المباشرة لتحديد الحالة التي نحن بصدددها . بل يجب أن نسير خطوة أبعد في هذا التحديد . ونورد طائفتين من الأمثلة نفتقطنها من أحكام القضاء المصري ، نستخلص المعيار الذي يصلح أساساً لكل طائفة منهما .

الطائفة الأولى : (١) أحب خفير امرأة متزوجة ، فاستدرج زوجها إلى دركه ليلا وقتله لتخلص له الزوجة ، فقضت محكمة النقض بأن الحكومة مسئولة عن عمل الخفير ، وقالت : «إذا كان الخطأ الذي وقع من المتهم . وضر به المدعى بالحق المدني ، إنما وقع منه بوصفه خفيراً وفي الليل وفي الدرك المعين لتأدية خدمته فيه وبالسلاح المسلم إليه من الحكومة التي استخدمته ، وأنه إنما تدرع بوظيفته في التضييل بالجبن عليه حتى طاعه وجازت عليه الخدعة ، ثم تمكن من القتل به ، مما يقطع بأنه قد ارتكب هذا الخطأ أثناء تأدية وظيفته ، وبأن وظيفته هذه هي التي سهلت له ارتكاب جريمته . فمسئولية الحكومة عن تعريض الضرر الذي تسبب فيه المتهم باعتباره خفيراً معيناً من قبلها ثابتة : سواء على أساس أن الفعل الضار وقع منه أثناء تأدية وظيفته ، أو على أساس أن الوظيفة هي التي هيأت له ظروف ارتكابه (١) »

(١) قضى جنائى فى ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر لأحكام النقض الجنائية . رقم ١٩٦ من ٣٦٩ .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض في حكم آخر بأنه إذا ارتكب الموظف حال قيامه بوظيفته خطأً بدافع شخصي من انتقام أو حقد أو نحوها ، الموظف وحده هو الذى يجب أن يسأل عما جر إليه خطأه من الضرر بالغير ، فإذا ذهب الخفير مع العدة لإبصال السواقى التي كانت =

(٢) ذهب صراف إلى المركز في عمل من أعمال وظيفته . فكلف العملة حبيرين بحراسته . فانقض عليه الحفيران في الطريق وقتلاه . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الجريمة ارتكبت في أثناء تأدية الحبيرين لوظيفتهما ، فتكون الحكومة مسئولة عنهما (١).

(٣) ذهب كونستابل في مهمة رسمية ومعه مسدسه . فرار في الطريق بعض أقاربه . وفي أثناء الزيارة عبث بالمسدس فانطلق وأصاب مقتلا من صبي كان بجانبه . فاعتبرت محكمة النقض الحكومة مسئولة عن عمل الكونستابل . وقالت في أسباب حكمها إن «المادة ١٥٢ (قديم)» إذ تقرر مسئولية السيد عن الضرر الناشئ للغير عن أفعال خدومه متى كان واقعاً منهم في حال تأدية وظائفهم قد عممت ، فلم تجعل المسئولية واجبة فقط عن الأضرار الناشئة من تأدية الوظيفة نفسها ، بل جعلتها واجبة أيضاً عن الأضرار الناشئة عن كل فعل وقع حال تأدية الوظيفة ولو لم يكن من أعمال الوظيفة ذاتها ولكن هيأة للخادم أدأوه الوظيفة بحيث لولا هذا الأداء ما كان هذا الفعل ليقع كما وقع . فإذا كان الضرر الذي وقع من الموظف نتيجة عبثه بسلاح تسلمه بحكم وظيفته ، فالوزارة التي هو تابع لها مسئولة عن تعويض هذا الضرر (٢).

(٤) كلف سيد خادمه بإحضار أحد العمال لإصلاح سيارته ، وأعطاه

تندار لرى السراق ، وأبطلا الساقية التي كان يديرها المحي عليه والده ، غير أنه بعد انصراف العمدة والحفراء عاد الحفير الأول وأصر على أن يعطل ساقية المحي عليه ، فخلع الجازية وخلع الضيق المثبت بها بواسطة فأس صغيرة ، ولما اعترضه المحي عليه ضربه عمداً بيد الفأس ، فكان ذلك سبباً في وفاته ، كان في كل هذا ما يشعر بجواز أن يكون الحفير إنما اعتدى على المحي عليه بدافع الانتقام إرضاء لضيقه سابقة (قضى جنائي في ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ بالمحكمة رقم ٤ من ٥ — وانظر قداً لهذا الحكم في كتاب المسئولية المدنية للأستاذ مصطفى مرعي بك من ٢٠١ — من ٢٠٣)

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٤ الفرائع رقم ٢ من ١١٦ من ١١٥ .
(٢) قضى مدني في ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ١١٥ من ٢٦٠ . ومع ذلك فقد قضت محكمة جنابات أسبوت في ١١ أغسطس سنة ١٩٢٣ (المحكمة رقم ٣٢ من ٣١) بأنه إذا اطلق عيار ناري من بندقة الحفير وهو بعيد عن حركة الرسمى ، لغير عمل زسى ، وكان الحفير يحمل البندقية معبأة في غير الأحوال التي نصت عليها التعليمات ، فلا مسئولية على الحكومة .

سائقين ليشتري بهما «البززين» . فأحضر الخادم عاملاً فحص السيارة وقرر أن ليس بها عطل ، فأخذها الخادم واشترى البززين . وذهب يبحث عن سيده ليسلمه السيارة ، فأصاب أحد العابرة بخطئه . فقتضت محكمة النقض بمسئولية السيد عن الخادم . وقالت في أسباب حكمها : « السيد مسئول عن خطأ تابعه ولو كان هذا الخطأ قد وقع منه وهو متجاوز حدود وظيفته . مادامت وظيفته هي التي هيأت له إتيان خطئه المستوجب للمسئولية (١) » .

(٥) ترصد فراش لناظر مدرسته معترفاً اغتياله لاعتقاده أن الناظر يضطهده . واقترب الفراش من سيارة الناظر متظاهراً أنه يفتح له بابها . بصفته رئيساً له وقتله بسكين أعدها لهذا الغرض . فاعتبرت محكمة النقض الحكومة مسئولة عن الفراش ، وقالت في أسباب حكمها : « إذا كان الفعل لم يقع من التابع وقت تأدية وظيفته بالذات ، ففي هذه الحالة تقوم المسئولية كلما كانت الوظيفة هي التي ساعدت على إتيان الفعل الضار وهيأت للتابع بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه ، لأن المخدم يجب أن يسأل في هذه الحالة على أسس إساءة الخدمة استعمال شؤون الخدمة التي عهد هو بها إليهم . متكلفاً بما افترضه القانون في حقّه من وجوب مراقبتهم وملاحظتهم في كل ما تعلق بها . فإذا ترصد المتهم عند باب المدرسة التي يشتغل بها فراشاً مع زملائه الفراشين فيها حتى موعد انصراف المجنى عليه منها (وهو مدرس منتدب للقيام بأعمال نظارة المدرسة) . وتمكن منه في هذه الفرصة واغتاله في هذا المكان وهو يتظاهر بأنه إنما يقترب منه لكي يفتح له - بصفته رئيساً - باب السيارة التي كانت في انتظاره . فذلك يبرر قانوناً إلزام الوزارة بتعويض الضرر الذي وقع على المجنى عليه من خادمها المتهم (٢) » .

(٦) سرق أحد سعاة البريد كتاباً (خطاباً) تسلمه بحكم وظيفته ، فاعتبرت محكمة الاستئناف الوطنية أن مصلحة البريد مسئولة عنه (٣) .

(١) نفس جنائي في ٢٢ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر لأحكام النفس الجنائي ٤ رقم ٦٢ ص ٥٦ .

(٢) نفس جنائي في ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٨ ص ١٩ .

(٣) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٨ يولية سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ١٧ ص ٤٢ . ويقرب من هذا ما قضت به محكمة النفس الفرنسيين أن إدارة السكك الحديدية —

(٧) ترك السائق السيارة وبها مفتاح الحركة التابع آخر لمخدومه (خفير الزراعة) . فعبث هذا التابع بالمفتاح ، فانطقت السيارة . وأصاب شخصين في الطريق . وعتبرت محكمة النقض المخيم مشولاً عن عمل كل من السائق وخفير الزراعة (١) .

والتأمل في هذه الطائفة من الأحكام يستطيع ردها جميعاً إلى أصل واحد في كل منها يرتكب التابع خطأ لم يكن يستطيع ارتكابه لولا وظيفته . فالخفير في المثل الأول ما كان يستطيع استدراج الزوج إلى الدرك لولا تذرعه موظفته . والخفيران في المثل الثاني ما كانا يستطيعان قتل الصراف لو لم يكن لهما بحراسته . والكونستابل في المثل الثالث ما كان ليعبث بالمسدس لو لم يتسلمه بحكم الوصفة . والخدام في المثل الرابع ما كان ليصيب العابر لو لم يتسلم السيارة من سيده باعتباره خادماً له . والفراش في المثل الخامس لم يكن يستطيع اغتيال الناصر لولا تقدمه إلى باب السيارة باعتباره فراشاً (٢) . وساعى البريد في المثل السادس لم يكن ليسرق الكتاب أو لم يتسلمه بحكم عمله . وخفير الزراعة في المثل الأخير ما كان ليعبث بمفتاح الحركة في السيارة لو لم يكن خفيراً عند مخدومه .

نقول إن المعيار الذي يستخلص من هذه الأمثلة هو أن التابع لم يكن ليتسبب ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة . وتعارض بهذا المعيار معيارين آخرين .

= مشولة عن خطأ « السكاري » ، الذي يستغل وظيفته في تهريب مسروقات من بلد إلى آخر (نقض فرنسي في ٢٢ مارس سنة ١٩٠٧ سيرة ١٩٠٧ - ١ - ٤٧٣) .

(١) قض جنائي في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٠ المخامة ٢١ رقم ٣٠٧ من ٧٠٢ . وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم . وذكرنا محكمة النقض في أسباب حكمها ما يأتي : « إن إصابة المحي عليها قد تسببت عن خطأ السائق أثناء قيامه بعمله عند مخدومه وخطأ الخفير وهو يؤدي عملاً لسيده ما كان يؤديه لو لم يكن خفيراً عنده » .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الخادم ، وهو السائق لا السائق ، غير مكلف من قبل مخدومه بقيادة السيارة وكان أجنبياً عن هذه الخدمة ، فاستعمل السيارة في غفلة من الخدم ، ومدم بها شخصاً فقتله ، فإن الخدم لا يكون مشولاً عن فعله (قض جنائي في ٢٩ مارس سنة ١٩٣١ المخامة ١٢ رقم ٥٩ من ١٠٥ - وانظر قدماً لهذا الحكم للأستاذ . دسليمي مرعي بك في المسؤولية المدنية ص ١٩٥ - ص ١٩٦) .

(٢) يضاف إلى هذا الاعتبار في هذا المثل بأن الفراش لم يكن ليفكر في ارتكاب الخطأ لولا وظيفته . وهذا هو المعيار الثاني الذي سنتنقل إليه فيما يلي .

قال بأحدهما القضاء ، وقال الفقه بالثاني .

أما معيار القضاء فهو هذا الذي تكرر في الأسباب التي نقلناها عن محكمة النقض ، إذ غلب فيها ذكر أن الوظيفة هي التي ساعدت على إثبات الخطأ وحيات الفرصة لارتكابه (١) . وكانت المحكمة في غنى عن هذا المعيار الذي يفيض عن الحاجة فيما يتسع له (٢) . فليس كافياً أن تكون الوظيفة ساعدت على إثبات الخطأ أو أنها هيأت الفرصة لارتكابه ، بل يجب فوق هذا إثبات أن التابع ما كان يستطيع ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة . فعلاقة الوظيفة بالخطأ ليست فحسب أنها ساعدت عليه وهيأت الفرصة لارتكابه . بل هي أكثر من ذلك ، إذ هي ضرورية لإمكان وقوع الخطأ . واولاها لما استطاع التابع أن يأتي العمل الذي جعله مسئولاً .

وأما معيار الفقه فيتلخص كما أسلفنا في أن تكون الوظيفة سبباً مباشراً للخطأ (٣) . والسببية المباشرة ، فوق ما تنطوي عليه من إيهام ، لا تزال أوسع من المعيار الذي نقول به . فقد تكون الوظيفة سبباً مباشراً للخطأ دون أن تكون ضرورية في ارتكابه .

فتحن إذن تؤثر المعيار الذي قررناه ، ونذهب إلى أن الوظيفة يجب أن تكون ضرورية لارتكاب الخطأ (٤) . وهذا هو المعيار الأول في الخطأ بسبب الوظيفة . استخلصناه من هذه الطائفة الأولى من الأحكام . وننتقل الآن إلى المعيار الثاني ، نستخلصه من الأحكام التي تنظمها الطائفة الثانية :

الطائفة الثانية : (١) ارتكب موظف إداري جريمة تحط من كرامة أشخاص

(١) وقد دافع الأستاذ مصطفى مرعي بك عن هذا المعيار دفاعاً شديداً (انظر كتابه في المسؤولية المدنية فقرة ٢٢٩ بوجه خاص) .

(٢) أنظر في هذا المعيار تعليق الدكتور سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٦٩ - ١٧٨ .

(٣) أنظر تعليق الدكتور سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٥٥ وما بعدها ، وهو التعليق الذي سبقت الإشارة إليه . وانظر تعليقاً آخر له في مجلة القانون والاقتصاد ١٧ العدد الثاني .

(٤) وقد رأينا فيما تقدم (فقرة ٦٨٢ في الخامس) أنه لا يكفي القول بأنه لولا الوظيفة لما وقع الخطأ ، فهذه العبارة لا تفيد أكثر من قيام علاقة سببية مباشرة ما بين الوظيفة والخطأ ، ولا يفي منها حماية الوظيفة كانت ضرورية لإمكان وقوع الخطأ .

ينتمون إلى الحزب المعارض لسياسة الحكومة . لا مدفوعاً بعامل شخصي ، بل إرضاء للحكومة القائمة ، وابتغاء الزلنى عندها . فقضت محكمة جنابات المنصورة (١) بأن الحكومة تكون مسئولة عن هذا الموظف . وأيدت محكمة النقض (٢) هذا الحكم .

(٢) رأى خادم سيده يتضارب مع شخص آخر ، فبادر إلى مساعدته ، وضرب الشخص الآخر ضرباً لم يقصد به قتله لكنه أفضى إلى موته . فقضت محكمة النقض بأن السيد يعتبر مسئولاً عن نتيجة الأعمال التي ارتكبها الخادم في مصلحة سيده . ولو كانت هذه النتيجة أشد خطورة مما كان يريده السيد (٣) .

(٣) نسب إلى عمال أحد المقاولين أنهم اعتدوا على أرض زراعية ، فغضب ناظر الزراعة واعتدى على هؤلاء العمال اعتداء مسلحاً . فاعتبرت محكمة الاستئناف المختلطة أن الدائرة التي يعمل ناظر الزراعة في خدمتها ، والتي وقع الاعتداء المسلح على العمال لحمايتها ، مسئولة عن عمل ناظر الزراعة ، سواء كان هذا العمل الذي قصد به الناظر مصلحتها قد أدى إلى نفعها أو عاد عليها بالضرر (٤) .

(٤) اتهم شخص بالسرقة . فأراد وكيل شيخ الخفر أن يفرض عليه صلحاً لقاء مبلغ من النقود يدفعه لمن وقعت عليه السرقة ، ولما لم يجد معه نقوداً ضربه ضرباً أفضى إلى موته . فاعتبرت محكمة النقض أن الحكومة مسئولة عن عمل وكيل شيخ الخفر ، وقالت في أسباب حكمها إن انجني عليه « كان تحت حراسة رجال الحفظ الذين منهم وكيل شيخ الخفر ، فإذا ماتعدى

(١) جنابات المنصورة في ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢١٤ من ٢٧٨ .

(٢) قض جنائى في ٧ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٤٨ من ٢٦٧ .

(٣) قض جنائى في ٥ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٥٠٣ من ٦٠٦ . وقضت محكمة بنى سويف في هذا المعنى بأنه إذا تضارب عمدة مع شخص آخر ، فاعتدى خادم العمدة على هذا الشخص الآخر ، كان العمدة مسئولاً عن فعل خادمه (بنى سويف في ٣١ يناير سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ٩٤ من ٢٩٢) .

(٤) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ من ٢٧٤ . أظن أيضاً استئناف مختلط في ٢٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ من ٣٠٧ .

هذا الأخير عليه بالضرب في هذا الظرف . كان هذا التعدي واقعاً منه أثناء تأدية وظيفته . ولم يكن التفطيش والضرب إلا اعتماداً على تلك الوظيفة . وبذلك تكون الحكومة مسئولة مدنياً عن نتيجة خطأ المتهم طبقاً للمادة ١٥٢ مدني (قديم) . ولا تأثير للباعث على الجريمة وهو فرض الصلح على الخبي عليه في الدعوى الحالية وعدم قيامه بدفع المبلغ المطلوب منه . لأن نص تلك المادة صريح في فرض المسؤولية على المخدم عن كل ما يأتيه الخادم حال تأدية عمله بقطع النظر عن البواعث التي يمكن أن تكون قد دفعته إلى ارتكاب ما ارتكب . ولأن أساس مسؤولية المخدم عن خطأ خادمه يتركز على افتراض سوء الاختيار والنقص في المراقبة . ويكفي لقيام هذا الافتراض أن يرتكب الخادم خطأ أثناء تأدية عمله . سواء كان هذا الخطأ ناشئاً عن باعث شخصي له أو عن الرغبة في خدمة المخدم (١) .

(٥) اعتدى سائق إحدى السيارات العامة على راكب بسبب ما أبداه الراكب من الاعتراض على السائق لعدم وقوفه عند محطة إجبارية . فاعتبرت محكمة الاستئناف المختاطة أن الشركة التي يعمل السائق في خدمتها مسئولة عن خطأ هذا السائق (٢) .

والمآل في هذه الطائفة من الأحكام يستطيع أن يردها هي أيضاً إلى أصل واحد . ففي كل منها يرتكب التابع خطأ لم يكن ليفكر في ارتكابه لولا الوظيفة . فالموظف الإداري في المثل الأول ما كان ليفكر في الاعتداء على الأشخاص الذين ينتمون إلى الحزب المعارض لولا وظيفته ، وما ولدته هذه الوظيفة في نفسه من الرغبة في تملق الحكومة القائمة . والخادم في المثل الثاني ما كان ليفكر في ضرب المعتدى على سيده لولا أنه خادم هذا السيد . وناظر الزراعة في المثل الثالث ما كان ليفكر في الاعتداء على العمال لولا أنه يعمل في خدمة

(١) تقض جائي في ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ بمجموعة عمر لأحكام التقض الجنائية ٤ رقم ١٠٩

ص ٩٠ .

(٢) استئناف مختلط في ١٩ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٦٤ . كذلك يكون عامل النقل مسئولاً عن عمل سائق عنده هناك عرض طفلة كان مكلفاً بنقلها (محكمة السين الفرنسية في ٢٨ مايو سنة ١٨٧٢ دالور ١٨٧٣ - ٣ - ٧) ، وعن سرقة عامل عنده لشئ أحد الزبائن (محكمة السين الفرنسية في ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٩ دالور ١٩٠٩ - ٥ - ٧٥) .

الدائرة التي قصد حمايتها . ووكيل شيخ الحفر في المثل الرابع ما كان ليفكر في ضرب المتهم لو لم يكن من رجال الحفظ وقد رغب في إنهاء الحادث صلحاً . والسائق في المثل الخامس ما كان ليفكر في الاعتداء على الراكب لو لم يكن هو السائق للسيارة . ومن ثم فالمعيار الثاني الذي يستخلص من هذه الأمثلة هو أن التابع لم يكن ليفكر في ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة .

فهناك إذن معياران للخطأ بسبب الوظيفة . ويعتبر التابع قد ارتكب خطأ بسبب وظيفته إما لأنه لم يكن يستطيع ارتكاب هذا الخطأ . وإما لأنه لم يكن ليفكر في ارتكابه . لولا الوظيفة (١) .

٦٨٥ - الخطأ بمناسبة الوظيفة : ويتبين مما تقدم أن المتبوع لا يكون مسئولاً

إذا لم يكن خطأ التابع قد وقع بسبب الوظيفة على النحو الذي فصلناه ، بل كان هذا الخطأ قد وقع بمناسبة الوظيفة . بأن اقتضت الوظيفة على تبسير ارتكاب الخطأ أو المساعدة عليه أو تهينة الفرصة لارتكابه ، ولكنها لم تكن ضرورية لإمكان وقوع الخطأ أو لتفكير التابع فيه . وإذا كانت محكمة النقض عندنا تقرر غير ذلك فيما تتقدم به من الأسباب لأحكامها ، وتذكر في كثير من هذه الأسباب أنه يكفي لتحقق مسؤولية المتبوع أن تكون الوظيفة قد سهلت

(١) وقد رأينا أن التابع يعتبر قد ارتكب خطأ بسبب وظيفته ، سواء حرره المتبوع على هذا الخطأ أو لم يحرره ، وسواء علم المتبوع بالخطأ أو لم يعلم ، وسواء عارض فيه أو لم يعارض . ورأينا كذلك أن الخطأ يكون بسبب الوظيفة حتى لو دفع التابع إلى ارتكابه حافز شخصي .

وبقي أن نقرر أن مسؤولية المتبوع تنفي ، ولو كان الخطأ بسبب الوظيفة ، إذا تبين أن الضرور قد عامل التابع وهو عالم بمجاوزته حدود وظيفته ، فإن الضرور في هذه الحالة يكون قد عامل التابع بصفته الشخصية لا باعتباره تابعاً . وقد قضت محكمة النقض بأن معاملة التابع مع العلم بأنه لا يعمل لحساب متبوعه لا يجعل المتبوع مسئولاً ، كستخدم في مصرف عومل على اعتبار أنه يعمل لحساب نفسه ، فلا يكون المصرف مسئولاً عنه (قض جنائي في ١١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ المحللة ٢٧ رقم ١١٤ م ٢٩٦) - فلو أن سائق السيارة اتفق مع صديق له على أن يجتلس السيارة من سيدة للتزج بها معا ، وليرتكب السائق خطأ كان سبباً في إصابة صديقه ، لم يكن صاحب السيارة مسئولاً عن هذا الخطأ (الدكتور سليمان مرقس في الفصل الثاني فقرة ٩٦ م ١١١ - أنظر أيضاً تعليقاً له في مجلة القانون والاقتصاد ١٣ م ١٨٠ - وانظر استئناف مختلط في ٥ يناير سنة ١٩٢٦ م ٢٨ م ٩١ - وفي ١٦ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ م ٢٢٨) .

ارتكاب الخطأ أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه ، فقد رأينا أنها كانت في غنى عن هذا التوسع ، وأن أحكامها تستقيم فيما عرض لها من الأقضية لو أنها التزمت المبدأ الصحيح . واشترطت أن يكون الخطأ قد وقع بسبب الوظيفة ، لا بمناسبة الوظيفة فحسب . فإن الأحكام التي أصدرتها في هذا الموضوع كان منطوقها لا يتغير لو أقيمت أسبابها على هذا الأساس الدقيق . ولقد كان القانون المدني الجديد موفقاً كل التوفيق عندما جلا الغموض الذي يحيط بهذه المسألة ، فقد رأينا أنه نص صراحة في الفقرة الأولى من المادة ١٧٤ على أن « يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها » . فذكر الخطأ في تأدية الوظيفة والخطأ بسبب الوظيفة ، وتجنب أن يذكر الخطأ بمناسبة الوظيفة أو الخطأ الذي تكون الوظيفة قد هيأت الفرصة لارتكابه (١) .

ونأتى بأمثه للخطأ الذي تهىء الوظيفة الفرصة لارتكابه وهو الخطأ بمناسبة الوظيفة . لتبين الفرق بينه وبين الخطأ بسبب الوظيفة .

لو أن سائق السيارة ، بدلاً من أن يعتدى على الراكب معه مما يجعل الخطأ واقعاً بسبب الوظيفة فيما قدمناه ، كان يضرر الحقلد لحصم له ، فقصده الانتقام منه ، وتعقبه في الطريق ، وانهز فرصة قيادته للسيارة فدهسه بها ، لم يكن صاحب السيارة مسئولاً عن عمل السائق ، لأن السائق كان ينوى الإضرار بخصمه . سواء كان ذلك بدهسه أو بأن يلحق به أى نوع آخر من أنواع

(١) وقد رأينا أن المشروع التمهيدى للقانون المدني الجديد قد جرى محكمة النقض فيما درجت عليه من توسع يجاوز الحاجة ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٢٤٢ من هذا المشروع على أن « يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع أثناء تأدية الوظيفة التي عهد بها إليه ، ويكون مسئولاً كذلك إذا كانت الوظيفة قد هيأت الفرصة للتابع في ارتكاب العمل غير المشروع حتى لو لم يكن هذا العمل من بين أعمال تلك الوظيفة » . وكذلك فعل المشروع النهائي والمشروع الذى أقره مجلس النواب . ولجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ هي التي أدخلت هذا التعديل الموفق على النص ، فجعلت « المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها » ، وإن كانت قد ذكرت في تقريرها أنها آثرت « أن تنسج على منوال التقنين الحالي (القديم) في التعبير إبقاء على ما انتهى إليه القضاء من تأييد في تفسير نص المادة ١٥٢ من القانون الحالي (القديم) » ، فلم تكن تحس وقت أن أدخلت هذا التعديل مقدار ما أصابت من التوفيق (أنظر مجموعة الأعمال التشريعية ٢ ص ١٣ : — ص ٤٢٠) .

الآذى . فلم تكن وظيفة السائق ضرورية لارتكاب الخطأ . بل اقتضت على تيسيره وهيات الفرصة لوقوعه . ويكون الخطأ في هذه الحالة قد وقع . لا بسبب الوظيفة . بل بمناسبة الوظيفة .

ولو أن طاهياً أمسك بالسكين التي يستخدمها في عمله . وضمن بها القصاب الذي يشتري منه اللحم لسيده لشجار بينهما نشب بسبب هذا التعامل . كان هذا خطأ بسبب الوظيفة . لأن الطاهي لم يكن ليفكر في الاعتداء على القصاب لولا وظيفته . ولكن هذا الطاهي نفسه . لو كان له خصم يريد إيذائه . فذهب إليه حيث يسكن ، وأخذ السكين معه وضمنه بها . لم يكن هذا خطأ بسبب الوظيفة . لأن الطاهي لو لم يجد هذه السكين لعر على غيرها . فوظيفته لم تكن ضرورية لارتكاب الخطأ . بل اقتضت على أن تيسر له ارتكابه . وأن تهيئه له الفرصة في ذلك . فالخطأ هنا لم يقع بسبب الوظيفة . بل بمناسبة الوظيفة . ولذلك لا يكون السيد مسئولاً عن عمل الصاوي .

ولو أن الخفير الذي أحب امرأة متزوجة فاستدرج زوجها إلى دركه ليلا وقتله لتخلص له الزوجة . فارتكب خطأ بسبب الوظيفة على النحو الذي قدمناه . لم يتدرع بوظيفته في التضليل بالزوج . بل ذهب إليه في مسكنه . وفي غير وقت العمل ، وأطلق عليه عياراً نارياً فقتله . لم يكن هذا العمل خطأ بسبب الوظيفة . لأن الخفير كان يستطيع قتل الزوج بسلاح آخر غير السلاح الذي تسلمه من الحكومة . وإنما يسر له سلاح الحكومة ارتكاب جريمته . وهياً له الفرصة في ذلك . فيكون الخطأ الذي وقع منه خطأ بمناسبة الوظيفة . ولا تكون الحكومة مسئولة عنه . وقد سبق أن رأينا أن الخفير . وهو يضبط المتهم ، فيطاق عياراً نارياً عن خطأ فيصيب مقتلاً منه . يكون قد ارتكب خطأ في تأدية الوظيفة . فهذا عيار ناري يطلقه الخفير . يكون خطأ : تارة في تأدية الوظيفة . وطوراً بسبب الوظيفة . وثالثة بمناسبة الوظيفة .

٦٨٦ - **الخطأ الأجنبي عن الوظيفة :** وإذا كان الخطأ بمناسبة الوظيفة

لا يجعل المتنوع مسئولاً عن عمل تابعه . فأولى بالخطأ الأجنبي عن الوظيفة أن يكون له هذا الحكم .

ومن أمثلة الخطأ الأجنبي عن الوظيفة ما قضت به محكمة النقض من أنه

إذا كان الثابت بالحكم أن حادث القتل المطاوب التعويض عنه قد وقع خارج المصنع الذى يعمل فيه القتل وفى غير أوقات العمل . وأن مرتكبىه من عمال المصنع قد دبروه فيما بينهم خارج المصنع أيضاً عشية وقوعه . فلا يصح اعتبار أنهم ارتكبوه أثناء تأدية وظيفتهم لدى صاحب المصنع . وبالتالي لا يصح إلزامه بالتعويض عنه مهما كان سببه أو الدافع إليه . ما دامت العلاقة رمنية والمكانية منعدمة بينه وبين العمل الذى يؤديه الجناة لمصلحة صاحب المصنع (١) . وقضت محكمة جنابات طنطا بأن الحكومة غير مسئولة عن جناية

(١) قض مدنى فى ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٥٦ ص ٤٣٦ . وقد قرر هذا المحكم أن أحكام مسئولية التبوع عن التابع واحدة فى القانونين المصرى والفرنسى ، ثم بحث عن الأساس الذى تقوم عليه هذه المسئولية . فقال فى هذا المعنى إن المادة ١٥٣ من القانون المدنى (القديم) تقتضى مساءلة المخدم أن يكون الضرر الذى أصاب الغير ناشئاً عن فعل الحادى فى حال تأدية وظيفته (*en exerçant ses fonctions*) ، تلك العبارة التى يقابلها فى المادة ١٣٨٤ من القانون الفرنسى (*dans les fonctions auxquelles ils les ont employés*) والمبارتان مؤداهما واحد ، ولا فرق بينهما إلا من حيث إن النص فى القانون المصرى قد لوحظ فيه دقة التعبير عن المعنى المقصود . والمادة المذكورة إذ جعلت المسئولية تتعدى إلى غير من أحدث الضرر قد جاءت استثناء من القاعدة العامة التى مقتضاها ، بناء على المادة ١٥١ من القانون المدنى (القديم) ، أن الذى يلزم بالتعويض هو محدث الضرر . وهذا الاستثناء — على كثرة ما قيل فى صدد تسويفه — أساسه أن شخصية التبوع تتناول التابع بحيث يعتبران شخصاً واحداً . لذلك يكون من المتعين عدم الأخذ بهذا الاعتبار إلا فى الحدود المرسومة فى القانون ، وهى أن يكون الضرر واقعاً من التابع أثناء قيامه بوظيفته . وبما أن مسئولية المخدم عن خطأ خادمه ، وإن كانت محل خلاف من حيث وجوب اتصال الفعل الضار بالوظيفة إذا كان قد وقع أثناء القيام بها أو عدم وجوب اتصاله بها ، إلا أنه لا جدال فى أن الحادث الموجب للمسئولية يجب أن يكون قد اقترفه التابع فى وقت لم يكن قد تخلى فيه عن عمله عند التبوع واقطعت الصلة فيه بينهما لوموتاً ، وأصبح التابع بذلك حراً يفعل ما يريد ويتصرف كما يشاء تحت مسئوليته وحده . ذلك لأن مسئولية التبوع إنما تقوم على ما للسيد من حق إصدار أوامره وتعليماته إلى تابعه والتسكن من ملاحظته فى تنفيذ ما عهد به إليه . فإذا انفلت هذا الزمام من يد التبوع كان التابع غير قائم بوظيفته ، وكان التبوع من ثم غير مشمول عن تصرفاته بحال ما .

وهما يمكن من وجاعة هذه الأسباب ، فإن هناك محلاً للتخلف فى هذه القضية . ذلك أن القتل كان رئيساً لعمل المصنع ، وقد تولوه انتقاماً منه ، لضربه واحداً منهم لاحظ عليه مخالفته للتعليمات . فيمكن القول إن العمال ما كانوا ليفكروا فى ارتكاب جريمتهم لولا الوظيفة ، ويكون الخطأ الذى صدر منهم قد وقع بسبب الوظيفة ، فتقوم مسئولية صاحب المصنع باعتباره مخدمواً للعمال .

ارتكبها أحد رجال البوليس في وقت كان فيه متغيباً عن عمله في أجازة رسمية (١).

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المصاحبة لا تكون مسؤولة عن الضرر الذي أصاب شخصاً من جراء حادث من حوادث الصيد وقع بخطأ من الحارس وهو بصطاد في غير ساعات العمل (٢).

وقضت هذه المحكمة أيضاً بأن الذي يتدخل دون حق في عملية تسليم البضائع . فيوجه مباشرة أوامر للجمالين . ويخالف بذلك اللوائح . ليس له أن يرجع على إدارة الجمارك بالضرر الذي يحدثه الجمالون وهم ينفذون أوامره (٣) . وهنا نرى أن التابع . وهم الجمالون . قد ارتكب الخطأ الأجنبي عن الوظيفة في المكان وفي الزمان اللذين يؤدي فيهما الوظيفة . فليس من الضروري إذن . حتى يكون الخطأ أجنبياً عن الوظيفة . أن يكون منقطع الصلة بها في الزمان أو في المكان (٤) .

المطلب الثاني

الأساس الذي تقوم عليه مسئولية المتبوع

٦٨٧- مسألة: متى تحققت مسئولية المتبوع بتوافر الشرطين اللذين

(١) جنابات طنطا في ٥ فبراير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٣٣ ص ٣٤ . كذلك لا يكون المخدوم مسؤولاً إذا سرق خادمه متاعاً من المنزل الذي يقيم فيه بيده عن سيده ، أو سرق شيئاً من مطعم يتردد عليه ، أو بدد ودبة أو تمن عليها بصفته الشخصية (الأستاذ مصطفى مرعى بك في المسئولية المدنية فقرة ٢٣٠ ص ٢٠٧) .

(٢) استئناف مختلط في ٣ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٥٧ . وقد تكون «البندقية» التي كان الحارس بصطاد بها سلت له بحكم عمله ، فتكون الوظيفة قد ساعدت على ارتكاب الخطأ ، وتنقل بذلك من خطأ أجنبي عن الوظيفة إلى خطأ بمناسبة الوظيفة ، ولكن في الحالتين لا مسئولية على المتبوع .

(٣) استئناف مختلط في ٢ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣١ — وانظر أيضاً محكمة مصر التجارية المختلطة في ٢٨ مارس سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ٢٠٠ ص ١٩٢ .

(٤) أنظر في هذا المعنى الأستاذ مصطفى مرعى بك في المسئولية المدنية فقرة ٢٣٠ — وقد أورد مثل من يرسل خادمه ليشتري له شيئاً من السوق ، فيتشاجر الخادم في الطريق مع آخر ويمتد على ، فلا يكون المخدوم مسؤولاً . وأورد أيضاً مثل الموظف يستغل في مكتبه وفي وقت عمله دائماً له ، وتقوم مشادة بين الاثنين بسبب الدين ، فيعتدى الموظف على الدائن بالضرب . فلا يكون المخدوم مسؤولاً .

تقدم ذكرهما - علاقة التبعية وخطأ في تأدية الوظيفة أو بسببها - قامت هذه المسؤولية على أساس ينبغي تحديده . وهى على كل حال لا تجب مسؤولية التابع ، بل تقوم إلى جانبها .
فتتكلّم في مسألتين : (١) تكييف مسؤولية المتبوع . (٢) قيام مسؤولية التابع إلى جانب مسؤولية المتبوع .

§ ١ - تكييف مسؤولية المتبوع

٦٨٨-آراء مختلفة : بعد أن بينا الشرطين الواجب توافرها حتى تقوم مسؤولية المتبوع عن التابع ، بقى أن نكيف هذه المسؤولية التكييف الذى يتلاءم مع هذين الشرطين .
وقد ذهب كثير من الفقهاء إلى أن مسؤولية المتبوع عن التابع تقوم على خطأ مفترض (faute présumée) في جانب المتبوع . وأخذ بهذا الرأى كثير من أحكام القضاء . ولكن الرأى أصبح منتقداً . وكاد يصبح رأياً مرجوحاً . وقام إلى جانبه آراء أخرى مختلفة . فهناك من يقول بأن مسؤولية المتبوع تقوم على فكرة تحمل التبعية (idée de risque) . وآخرون يقولون بل تقوم على فكرة الضمان (idée de garantie) . وذهب بعض إلى أنها تقوم إما على فكرة النيابة (idée de représentation) . وإما على فكرة الحلول (idée de substitution) .
والمأمل في هذه الآراء الخمسة يستطيع أن يردّها إلى أصليْن . فلما أن تكون مسؤولية المتبوع عن التابع مسؤولية ذاتية (responsabilité personnelle) ، أو هى مسؤولية عن الغير (responsabilité pour autrui) .
فإذا قدرنا أنها مسؤولية ذاتية رددناها إلى اعتبار في شخص المتبوع : خطأ في جانبه وهذا هو الخطأ المفترض ، أو نفع يجنيه لنفسه وهذا هو تحمل التبعية .
وإذا قدرنا أنها مسؤولية عن الغير رددناها إلى اعتبار في العلاقة ما بين المتبوع والتابع : فلما أن تعتبر المتبوع كفيلاً للتابع وهذا هو الضمان ، وإما أن تعتبر التابع نائباً عن المتبوع وهذه هى النيابة ، وإما أن تعتبر شخصية التابع امتداداً لشخصية المتبوع وهذا هو الحلول .
والصحيح في نظرنا أن مسؤولية المتبوع عن التابع ليست مسؤولية ذاتية .

بل هي مسئولية عن الغير (١) . ولعلنا هي المسئولية الوحيدة عن الغير فيما قرره القانون من مسئوليات مختلفة . فإن مسئولية متولى الرقابة مسئولية ذاتية كما رأينا (٢) . وسرى أن المسئولية عن الحيوان وعن البناء وعن الأشياء هي أيضاً مسئولية ذاتية تقوم على خطأ في جانب المسئول نفسه . فلا يبقى إلا مسئولية المتبوع عن التابع . وهذه هي المسئولية عن الغير .

ومتى قررنا أن مسئولية المتبوع عن التابع هي مسئولية عن الغير . يستوى عندنا بعد ذلك أن تقوم على فكرة الضمان أو على فكرة النيابة أو على فكرة الحلول . فكلها تؤدي إلى نتيجة رئيسية واحدة ، وإن اختلفت في بعض التفاصيل . ونستعرض الآن ، بعد هذا التمهيد . الآراء الخمسة التي سبقت الإشارة إليها : الخطأ المفترض وتحمل التبعة والضمان والنيابة والحلول .

٦٨٩- الخطأ المفترض : هذا الرأي هو أقدم الآراء الخمسة . وكان هو الرأي التقليدي السائد إلى عهد قريب . ويتلخص في أن المتبوع يقوم في جانبه خطأ مفترض : خطأ في الرقابة أو خطأ في التوجيه أو خطأ في الاختيار . أو خطأ فيها جميعاً . وهذا الخطأ مفترض إذ لا يقبل إثبات العكس . فالتابع إذا ارتكب خطأ كان المتبوع مسئولاً عنه بمقتضى خطأ آخر نفترضه قائماً في جانب المتبوع . فإما أن يكون المتبوع قد قصر في اختيار تابعه . أو قصر في الرقابة عليه . أو قصر في توجيهه . وهذا التقصير نفترضه افتراضاً . ولا نقبل من المتبوع أن يقيم الدليل على أنه لم يقصر . وقد قال بهذا الرأي . كما قدمنا ، كثير من الفقهاء والمحاكم في مصر وفي فرنسا (٣) .

(١) وقد كنا نأخذ برأى آخر في الموجز (فقرة ٣٥٣) ، فكنا نقول بأن مسئولية المتبوع عن تابعه مبنية على خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس .
(٢) أنظر آنفاً فقرة ٦٧١ في الهامش .

(٣) وقد كنا ، كما سبق القول ، نمن يقول بهذا الرأي ، وقد جاء في الموجز (فقرة ٣٥٣) في هذا الصدد ما يأتي : « مسئولية المتبوع عن تابعه ، في الحدود التي بينها ، مبنية على خطأ في التوجيه والرقابة » ، وهو خطأ مفروض في جانب المتبوع لا يكلف المدعى إثباته . وليس على هذا إلا أن يثبت خطأ التابع ، فيفرض أن المتبوع قد قصر في توجيهه تابعه أو في رقبته حتى وقع منه هذا الخطأ . والخطأ المفروض في جانب المتبوع لا يقبل إثبات العكس ، فلا يجوز للمتبوع أن يتخلص من المسئولية بإثبات أنه قد اتخذ جميع الاحتياطات المعقولة لتوجيهه تابعه =

والذى يؤخذ على هذا الرأى أنه يؤدى إلى نتيجتين لا يصح التسليم بهما .
وهما :

= والرفابة على أعماله ، كما يستطيع ذلك من يتولى رعاية شخص آخر فيما قدمناه .
أنظر أيضاً الدكتور حشمت أبو سنيت بك فى نظرية الالتزامات ٥٠٩ (وهو ينتهى بأن
هذه المسؤولية لا يمكن ردها إلى أساس من النطاق مستقيم ، ولا مناس من التسليم بها كما أرادها
القانون والقضاء) . وانظر كذلك الأستاذ مصطفى مرعى بك فى المسؤولية المدنية فقرة ٢٣٢ .

وقد صدرت من محكمة نقض أحكام كثيرة فى معنى الخطأ المفترض . من ذلك ما قضت به
هذه المحكمة من أن « ضبان السيد يقوم قانوناً على مظنة خطئه فى اختياره خادمه وفى مراقبته
إياه ، بما له عليه من حق التأديب والفصل من الخدمة . وهى مظنة قانونية تعفى المضرور من
إثبات خطأ من المخدم فى اختيار الخادم أو فى مراقبته . ولا يفتى السيد من الذنب إلا إذا
أثبت أن الحادث الضار قد نشأ عن قوة قاهرة لا شأن فيها لخادمه أو عن خطأ الجنب عليه
نفسه » (نقض جنائى فى ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٦٧ — وبلاحظ
أن المحكمة هنا قد أغفلت التبوع من المسؤولية عند ما ينفى هذه المسؤولية لاعتباره هو من
عن تابعه ، فتنبى المسؤولية عن التبوع لا ابتداء بل تبعاً لانتفاؤها عن التابع — أنظر أيضاً نقض
جنائى فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر لأحكام النقض الجنائية ٣ رقم ١ ص ١) . ومن
ذلك أيضاً ما قضت به من أن « هذه المسؤولية (مسئولية التبوع) مفترضة افتراضاً قانونياً »
(نقض مدنى فى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ٢ رقم ٥ ص ٨) ، وما قضت به من « أن
أساس مسؤولية السيد عن أخطاء خادمه قائمة قانوناً على ما يفترض فى جانب التبوع من الخطأ
والتقصير فى اختيار التابع أو فى مراقبته » (نقض جنائى فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المجامعة ٢٠
رقم ٢٠١ ص ٥٨٣) ، وما قضت به من أن التبوع يجب أن يسأل « على أساس إسائة الخدم
استعمال شؤون الخدمة التى عهد هو بها إليهم ، متكفلاً بما افترضه القانون فى حقه من وجوب
مراقبتهم وملاحظتهم فى كل ما تعلق بها » (نقض جنائى فى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ المجامعة ٢١
رقم ١٨ ص ١٩ — وانظر أيضاً فى هذا المعنى : نقض جنائى فى ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ المجامعة ٢١
رقم ٣٥٩ ص ٨٥٢) ، وما قضت به من « أن مسؤولية السيد أساسها خطأه بسوء اختيار
من عهد إليهم بخدمته وتقصيره فى مراقبتهم ، وهذه (المسئولية) ليست إلا تطبيقاً خاصاً لقواعد
المسئولية الشخصية ، إلا أن الشارع قد أراد أن يجعل من خطأ الخادم قرينة قاطعة على خطأ
سيده ، فلم يفرض عموم نص المادة ١٥١ (القدية) » (نقض مدنى فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٤٦
مجموعة عمر ٥ رقم ١١٥ ص ٢٦٠) .

وجاء فى الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الجديد أن مسؤولية التبوع مبنية على خطأ
مفترض . من ذلك ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التهيدى من « أن المشروع جعل
من الخطأ المفترض أساساً لهذه المسؤولية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٤) . ومن ذلك
ما وقع فى لجنة المراجعة من أن أحد أعضاء هذه اللجنة أثار مسؤولية التبوع إذا كان غير محبر
« فأجيب بأنه ما دامت المسؤولية هنا مبنية على خطأ مفترض فلا يتصور افتراض الخطأ فى جانب
غير المبر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٥) . ومن ذلك ما انتهى إليه رأى لجنة =

(أولاً) لو كانت مسئولية المتبوع مبنية على خطأ مفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس . لأمكن للمتبوع في القليل أن يتخلص من هذه المسئولية إذا هو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بواجبه في الاختيار والرقابة والتوجيه بما ينبغي من العناية ، أى إذا نفى علاقة السببية بين الضرر الذى وقع والخطأ المفترض في جانبه^(١) . وهذا ما لا يستطيعه بإجماع الفقه والقضاء . نعم هو يستطيع نفي علاقة السببية ما بين الضرر الذى وقع وخطأ التابع لا خطئه هو . فيتخلص من المسئولية . ولكن لا عن طريق أنه غير مسئول عن تابعه . بل عن طريق أن التابع نفسه غير مسئول . ومسئولية المتبوع لا تقوم كما قدمنا إلا تبعاً لمسئولية التابع^(٢) . ولكنه لا يستطيع التخلص من المسئولية بإثبات أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر^(٣) . ولو أنه أثبت ذلك . فنفي علاقة السببية بين الضرر وخطئه المزعوم . لبقى

= القانون المدنى بمجلس الشيوخ من أن «خطأ الخادم معروض فيه أنه يرجع لسوء اختياره من قبل السيد ، فالخطأ مفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس ، وهذا هو ما أجمع عليه القضاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٩ : — أنظر أيضاً ص ١٨) . ولا يظن أن الأعمال التحضيرية ، على صراحتها في أن مسئولية المتبوع تقوم على خطأ مفترض ، تفيد الفقه في اجتهاده ، إذا هو ذهب إلى أساس آخر لهذه المسئولية في ظل القانون الجديد .

ومن الفقهاء الفرنسيين الذين يقولون بالخطأ المفترض بودرى وبارد^٤ فقرة ٢٩١١ — ديملولمب ٨ فقرة ٦١٠ — لوران^٥ ٢٠ فقرة ٥٧٠ وما بعدها — بيدان فقرة ١٢١١ . ومن ذلك نرى أن الخطأ المفترض هو الرأى التقليدى في فرنسا في هذه المسألة . وانظر في الأحكام الفرنسية التى أخذت بهذا الرأى ما زو ١ فقرة ٩٣١ في الهامش .

(١) وقد رأينا أن متولى الرقابة يستطيع التخلص من المسئولية على هذا الوجه ، كما يستطيع التخلص بإثبات أنه قام بواجب الرقابة (أنظر أيضاً فقرة ٦٧٣) ، لأن افتراض الخطأ في جانبه قابل لإثبات العكس ، فيستطيع نفي المسئولية بإثبات العكس كما يستطيع نفيها بنفي علاقة السببية .

(٢) أنظر في هذا المعنى : قس جنائى في ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٦٧ . وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم وإلى هذه الملاحظة .

(٣) وقد كان المشروع التمهيدى للقانون الجديد يتضمن نصاً بهذا المعنى (الفقرة الثالثة من المادة ٢٤٢ من هذا المشروع) ، وقد حذفته لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وإن كانت قد ذكرت في تقريرها سبباً لهذا الحذف أن حكم الفقرة المحذوفة «يفضى إلى جعل قرينة المسئولية من قبيل القرائن البسيطة في هذه الحالة ، ولا محل للعدول عما قرره القانون المحال (القديم) من جعل هذه القرينة قاطعة لا تسقط بإثبات العكس» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢٠) — وفي هذا حديث واضح بين نفى الخطأ ونفى علاقة السببية .

مع ذلك مسئولاً عن تابعه . وفي هذا دليل قاطع على أن مسئولية المتبوع لا تقوم على خطأ مفترض ، بل لا تقوم على خطأ أصلاً ، إذ أن المسئولية التي تقوم على خطأ . حتى لو كان هذا الخطأ منترصاً وحتى لو كان الافتراض غير قابل لإثبات العكس . ترتفع بنى علاقة السببية . وقد رأينا هنا أن مسئولية المتبوع لا ترتفع بنى هذه العلاقة (١).

(ثانياً) لو كانت مسئولية المتبوع مبنية على خطأ مفترض لسقطت مسئولية المتبوع إذا كان غير مميز . فقد رأينا أن غير المميز لا يتصور ارتكابه للخطأ ، فكيف يتصور افتراض الخطأ في جانبه ! وفي الحالات النادرة التي يكون فيها غير المميز مسئولاً ، تكون مسئوليته قائمة لا على الخطأ ، بل على تحمل التبعة كما رأينا . فإذا عرفنا أن المتبوع حتى لو كان غير مميز يكون مسئولاً عن تابعه ، أدركنا أن مسئولية المتبوع لا يمكن أن تكون مبنية على الخطأ . وقد رأينا فيما قدمناه (٢) أن المتبوع قد يكون صغيراً أو غير مميز ، فينبوب عنه نائبه . من ولى أو وصى أو قيم . في القيام بالرقابة على التابع وفي توجيهه . وهذا ما قضت به محكمة النقض في مصر في حكيم معروفين (٣) . وفي ذلك دليل آخر على أن مسئولية المتبوع لا تقوم على الخطأ .

(١) على أن هناك من التفتينات الحديثة ما يقيم مسئولية المتبوع على خطأ مفترض ، بل لا يتشدد في هذا الافتراض إلى حد أن يجعله غير قابل لإثبات العكس ، فيعجز للمتبوع حتى الخطأ (أظن في هذا المعنى التفتين الألمانى م ٨٣١ وتفتين الالتزامات السويسرى م ٥٥٠ والتفتين الصينى م ١٨٨ . ويصل التفتين النمساوى م ١٣٨٥ إلى حد أن يجعل المضرور مطالباً بإثبات الخطأ في جانب المتبوع) . ويمكن القول إن التفتينات الجرمانية أكثر تساهلاً في مسئولية المتبوع من التفتينات اللاتينية ، فهذه لا تعجز للمتبوع حتى أن ينفى علاقة السببية (أظن التفتين الفرنسى م ١٣٨٤ فقرة ثالثة - المشروع الفرنسى الإبطال م ٧٩ - التفتين المصرى القديم م ١٥٢/٢١٤ - التفتين المصرى الجديد م ١٧٤ - تفتين كوبيك م ١٠٥٤ فقرة ٧ - وعلى هذا التهج سار التفتين البولونى م ١٤٤) .

(٢) أظن آخاً فقرة ٦٧٩ في آخرها .

(٣) قضت محكمة النقض بأن القاصر يسأل في ماله عن خطأ خادمه عملاً بالمادة ١٥٢ مدنى (قديم) ، ولا يحمل عنه وصيه هذه المسئولية (نقض مدنى في ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٥ ص ٨) . وقضت أيضاً بأن المادة ١٥٢ من القانون المدنى (القديم) ، إذ نصت بصيغة مطلقة على أنه «يلزم السيد بتعويض الضرر الناشئ» للغير عن أعمال خدمه متى كان واقعاً منهم في حال تأدية وظائفهم ، فقد أذنت أنه لا يقتضى ثبوت أى تعصب أو إهمال من جانب المتبوع الذى يلزم بالتعويض ، بل يكفي تطبيقها أن يكون الخطأ المنتج للمضر قد وقع من التابع =

٦٩٠- تحمل التبعة: قال بهذا الرأي الفقهاء الذين يجعلون مسؤولية المتبوع

مسئولية ذاتية . دون أن يقيموها على الخطأ (١) . فإدام المتبوع مسئولاً مسؤولية ذاتية . وما دام لا يفترض خطأ في جانبه . فلا يبقى إلا أن يقال إن المتبوع ينتفع بنشاط تابعه . فعليه أن يتحمل تبعة هذا النشاط ، والغرم بالغرم .

وهذا الرأي فيه مزيتان يتجنب بهما العيبين اللذين لاحظناهما على الرأي الذى يقول بالخطأ المفترض . فهو أولاً لا يميز للمتبوع أن يتخلص من المسؤولية حتى لو أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر ، إذ المسؤولية المبنية على تحمل التبعة لا ترتفع بهذه الاستحالة ، بل يبقى المتبوع مسئولاً لأنه يتحمل تبعة نشاط تابعه بعد أن انتفع بهذا النشاط . وهو ثانياً يجعل المتبوع مسئولاً حتى لو كان غير مميز ، فغير المميز إذا لم يميز قيام مسؤوليته على الخطأ جاز قيامها على تحمل التبعة .

ولكن هذا الرأي يؤخذ عليه هو أيضاً أنه يؤدي إلى نتيجتين لا يصح التسليم بهما . وهما :

(أولاً) لو صح أن مسؤولية المتبوع تقوم على تحمل التبعة ، فقيم إذن اشتراط وقوع خطأ من التابع ؟ أليس المتبوع يتحمل تبعة نشاط تابعه ، لا تبعة

= أثناء تأدية وظيفته لدى المتبوع . وإذا صح بناء على هذه المادة مساءلة القاصر عن تعويض الضرر الذى ينشأ عن أفعال خدمه الذين عنهم له وليه أو وصيه أثناء تأدية أعمالهم لديه . ولا يرد على ذلك بأن القاصر ببب عدم تميزه لصغر سنه لا يتصور أى خطأ في حقه ، إذ المسؤولية هنا ليست عن فعل وقع من القاصر فيسكون للدراك والتمييز حساب ، وإنما هي عن فعل وقع من خادمه أثناء تأدية أعماله في خدمته (نقض جنائي في ٢٥ مايو سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٩٥ ص ٢١٢) .

أما ما ورد في الأعمال التحضيرية ، وسبقت الإشارة إليه ، من أنه عندما أثبتت مسؤولية المتبوع إذا كان غير مميز في لجنة المراجعة ، «فأجيب بأنه ما دامت المسؤولية مبنية على خطأ مفترض فلا يتصور افتراض الخطأ في جانب غير المميز» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٥) ، فلا يعتبر تفسيراً صحيحاً لأحكام القانون المدنى الجديد في هذه المسألة .

(١) جوسران ٢ فقرة ٥١٣ - ديموج ٥ فقرة ٨٨٢ - سافاتييه ١ فقرة ٢٨٤ وما بعدها - دالان (Dallant) في تمليقه في دالوز ١٩٣١ - ١ - ١٧١ - بلانيول في المجلة لاتقادية سنة ١٩٠٩ .

وانظر أيضاً محكمة الاستئناف المختاطة في ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٥ .

خطئه ! فكل نشاط من التابع يصيب الغير بالضرر . سواء انطوى هذا النشاط على خطأ أو كان مجرداً من أى خطأ . كان ينبغي أن يحقق مسؤولية المتبوع تطبيقاً لبداً تحمل التبعة . ما دامت هذه المسؤولية تقوم على هذا المبدأ . بل إن نشاط التابع الذى لا ينطوى على خطأ هو النشاط المألوف الذى ينتفع به المتبوع . فهو أولى بالتحمل . ونحن قد رأينا أن الأمر على النقيض من ذلك . وأن مسؤولية المتبوع لا تقوم إلا إذا وقع خطأ من التابع .

(ثانياً) ولو صح أن مسؤولية المتبوع تقوم على تحمل التبعة . وتحققت هذه المسؤولية فوق المتبوع المضرور ما يستحق من التعويض ، لما جاز للمتبوع أن يرجع على التابع ، فالمتبوع إنما يتحمل تبعة نشاط يفيد منه . فيكون قد أخذ مقابلاً لما أعطى . فقيم إذن رجوعه على التابع ؟ ولكننا نرى . على النقيض من ذلك ، أن رجوع المتبوع على التابع أمر قد انعقد عليه إجماع الفقه والقضاء .

ونرى من ذلك أن مبدأ تحمل التبعة لا يستقيم مع أحكام مسؤولية المتبوع . بما تقتضيه هذه المسؤولية من خطأ يقع من التابع ، وبما ترتبه في العلاقة ما بين المتبوع والتابع من حق الرجوع .

والحق أن مسؤولية المتبوع ليست مسؤولية ذاتية كما سبق القول . فهي لا تقوم على خطأ يفترض في جانب المتبوع . ولا تستند إلى تبعة يجب عليه أن يتحملها . وإنما هي مسؤولية عن الغير . المتبوع فيها لا خطأ في جانبه ، ولكنه يتحمل جريرة ناعه لا تبعة نشاطه . وننتقل الآن إلى الآراء التى تتوخى هذا النظر .

٦٩١- مسؤولية عن الغير - الضمان والنيابة والحلول : فالمتبوع إذن

مسئول عن التابع مسؤولية الشخص عن غيره . ويبقى أن نحدد على أى أساس تقوم هذه المسؤولية .

يقيمها بعض الفقهاء على أساس الضمان (١) . فالمتبوع يكفل التابع فيما يرتكب من خطأ يصيب الغير بالضرر . ما دام للمتبوع حق الرقابة والتوجيه

(١) أنظر في هذا المعنى ريبير في القاعدة الأدبية في الالتزامات المدنية فقرة ١٢٦ - بيرون في تعليقه في دالوز ١٩٢٨ - ٢ - ١٣ - شوفو فقرة ٢٣ - الدكتور حلمي بهجت بدوى بك في مسؤولية المتبوع عن فعل ناعه ، رسالة باللغة الفرنسية سنة ١٩٢٩ ص ٤٨ وما بعدها .

على التابع ، وما دام الخطأ الذى ارتكبه التابع قد وقع فى تأدية الوظيفة أو بسببها . فهذه الحدود التى ترسم نطاق مسئولية المتبوع هى التى تفسر فكرة الضمان وتبررها . والمتبوع كفيل التابع دون أن يكون له حق التجريد ، فيجوز للمضروب أن يرجع على المتبوع قبل أن يرجع على التابع . والكفالة هنا مصدرها نص القانون لا الاتفاق .

ويقسمها فريق ثان على أساس النيابة (١) . فالتابع نائب عن المتبوع . والنيابة قانونية . وهنا نرى التوسع فى فكرة النيابة الذى أشرنا إليه من قبل . فكما يلزم النائب الأصل بما يقوم به من التصرفات القانونية فى حدود نيابته ، كذلك يلزم التابع المتبوع بما يقوم به من أعمال مادية — أى ما يرتكبه من خطأ — فى حدود تبعيته . فالحدود التى ترسم نطاق مسئولية المتبوع تفسر هنا أيضاً فكرة النيابة وتبررها ، بشرط أن تنسج هذه الفكرة لتتناول التصرفات القانونية والأعمال المادية فى وقت معاً .

ويقسمها فريق ثالث على أساس الحلول (٢) . فالتابع قد حل محل المتبوع ، وأصبح الشخصان شخصاً واحداً ، فإذا ارتكب التابع خطأ فى الحدود المعروفة . فكأنما المتبوع هو الذى ارتكب هذا الخطأ . أو قل إن التابع هو امتداد لشخصية المتبوع ، فما يقترف التابع من خطأ يكون المتبوع هو الذى اقترعه (٣) . ولا بد أن يضاف إلى هذا الرأى أن التابع يحل محل المتبوع فى

- (١) أنظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ من ٨٥ — محكمة النقض الفرنسية فى ١١ مايو سنة ١٨٤٦ ١٨٤٦ — ١ — ١٩٢ .
- (٢) أنظر فى هذا المعنى مازو ١٠٠ فقرة ٩٣٥ — فقرة ٩٣٩ — نيسير (Teissiere) رسالة من أ. كس سنة ١٩٠١ م ٢٥٦ — كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ٣٥٠ — بلانول وريبير ٢ فقرة ١١٢٥ — الدكتور سليمان مرقس فى الفعل الضار من ١١٥ . ويرى أن أساس مسئولية المتبوع إذا كان خطأ التابع قد وقع فى تأدية الوظيفة هو الخطأ الغرض ، وإذا كان الخطأ قد وقع مجاوزاً لحدود الوظيفة كان الأساس إما فكرة الحلول أو فكرة الضمان أو فكرة تحمل التبعة .
- (٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى هذا المعنى بأن المتبوع يكون مسئولاً قانوناً عن خطأ تابعه ولو لم يرتكب هو أى خطأ شخصى ، فإن خطأ التابع يعتبر كأنه خطأ المتبوع (استئناف مختلط فى ٤ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ من ٩٥) .

وقضت محكمة النقض فى حكمها بأن أساس مسئولية المتبوع هو فكرة الحلول ، فقالت إن المادة المذكورة (١٥٢ م مدق قديم) إذ جعلت المسئولية تتعدى إلى غير من أحدث الضرر =

التمييز أيضاً ، فلو ارتكب خطأ وهو مميز وكان المتبوع غير مميز ، انتقل تمييز التابع إلى المتبوع عن طريق الحلول . فأصبح هذا مسئولاً كذلك .
واعتبار مسئولية المتبوع مسئولية عن الغير - على أى وجه فسرت هذه المسئولية وبخاصة إذا فسرت بفكرة الضمان - يجعل المتبوع مسئولاً عن تابعه . ولا يستطيع التخلص من هذه المسئولية ولو أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر . فالتزامه التزام بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية . وهذا الاعتبار يميز أيضاً استبقاء مسئولية المتبوع حتى لو كان غير مميز : فمسئوليته عن التابع ليس مصدرها الاتفاق حتى يشترط التمييز ، بل مصدرها القانون سواء كانت ضماناً أو نيابة أو حلولاً . وبذلك نتجنب تعيين الذين كانا السبب في نبذ فكرة الخطأ المفترض .

٦٩٢- الاقتصار على المعرفة فيما بين المتبوع والمضروب: ومزية أخرى

لتكليف مسئولية المتبوع على أنها مسئولية عن الغير ، هى أن هذا التكليف يفسر وجوب الاقتصار على العلاقة فيما بين المتبوع والمضروب . فالمتبوع مسئول عن تابعه إزاء المضروب . وفي حدود هذه العلاقة دون غيرها - علاقة المتبوع بالمضروب - يقوم هذا التكليف .

فلا يقوم في العلاقة ما بين المتبوع والتابع . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للتابع أن يحتج بفكرة الضمان مثلاً على المتبوع عند رجوع هذا عليه كما سئرى . ولكن ليس هناك ما يمنع المضروب ، وقد وقع عليه ضرر من خطأ التابع ، من أن يكون هو ذاته تابعاً لنفس المتبوع . فإذا اعتدى موظف وهو يؤدي وظيفته على موظف آخر ، كانت الحكومة مسئولة عن الموظف الأول إزاء الموظف الآخر ، ولو أن الموظفين تابعان لها جميعاً . وهذا ما يدعى في القانون الإنجليزي باسم الخدمة المشتركة (common employment) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٦٩٣- ائتماع مسؤولية المتبوع مع مسؤولية من نوع آخر: وقد يكون

== قد جاءت استثناء من القاعدة العامة التي مقتضاها، بناء على المادة ١٥١ من القانون المدني (القديم) أن الذى يلزم بالتعويض هو محدث الضرر . وهذا الاستثناء - على كثرة ما قيل في صدد تبويه - أساسه أن شخصية المتبوع تتناول التابع بحيث يتران شخصاً واحداً . (قضاى مدنى فى ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ بمجموعة عمر ٣ رقم ١٥٦ من ٤٣٦) .

المتبوع مسئولاً كمتبوع ومسئولاً على وجه آخر في وقت واحد . فصاحب السيارة إذا استخدم سائقاً ارتكب خطأ أصاب الغير بالضرر ، أمكن اعتباره مسئولاً كمتبوع وتابعه هو السائق . وأمكن كذلك اعتباره حارس السيارة إذا لم تكن الحراسة للسائق . فيكون مسئولاً بمقتضى هذه الحراسة مسئولية مبنية على خطأ مفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس . والمضروب وشأنه في اختيار أحد الاعتبارين والرجوع على صاحب السيارة بمقتضاه . وقد يختار اعتبار صاحب السيارة حارساً لا متبوعاً . حتى يعنى نفسه من إثبات الخطأ في جانب السائق .

٢٨- قيام مسئولية التابع إلى جانب مسئولية المتبوع

٦٩٤- **فيما بين المتبوع والمضروب** : رأينا أن مسئولية المتبوع إنما تستند إلى مسئولية التابع استناد التبع إلى الأصل . فمسئولية التابع - وقد ثبت في جانبه الخطأ والضرر وعلاقة السببية أى أركان المسئولية جميعاً - تقوم إذن إلى جانب مسئولية المتبوع ، بل هي الأصل كما قدمنا . وينبنى على ذلك أن المضروب يكون بالخيار ، إما أن يرجع على التابع ، وإما أن يرجع على المتبوع ، وإما أن يرجع عليهما معاً ، والاثنان متضامنان أمامه . وقد يكون للتابع شريك في الخطأ . فيصح للمضروب أن يرجع على المتبوع والتابع وشريكه جميعاً متضامنين . بل يصح له في هذه الحالة أن يرجع على المتبوع وحده بكل التعويض ، ثم يرجع المتبوع بعد ذلك على التابع وشريكه . ويجوز للمضروب أيضاً أن يرجع على المتبوع والتابع ، أو على المتبوع وشريك التابع ، أو على التابع وشريكه . فهو حر في أن يختار من يرفع الدعوى عليه من المسئولين الثلاثة . واحداً أو أكثر ، ويطالب المدعى عليه بكل التعويض لأن الثلاثة متضامنون (١) .

(١) وقد قضت محكمة اسكندرية الكلية الوطنية بأنه إذا وقعت جريمة من خادم بائناً مع آخر ، كان الخدم مسئولاً أمام المجنى عليه عن كامل التعويض المستحق عن الجريمة ، سواء رفعت الدعوى عليه بمفرده أو رفعت عليه مع خادمه أو عليه مع شريك خادمه أو عليهم جميعاً بالتضامن (اسكندرية الكلية الوطنية في ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٤٣ ص ٩٠٣) .

٦٩٥- فيما بين المتبوع والتابع : فإذا رجع المضرور على التابع دون

المتبوع وقف الأمر عند هذا . أما إذا رجع على المتبوع دون التابع . فلم يتبوع أن يرجع بما دفع على تابعه لأنه مسئول عنه لا مسئول معه . وهذا ما تنص عليه المادة ١٧٥ من القانون المدني الجديد إذ تقول : «للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر» (١) . وقد سبق ذكر هذا النص عند الكلام في مسؤولية متولى الرقابة . وبيننا هناك أن المسئول عن عمل الغير هو متولى الرقابة والمتبوع (٢) . وأن المتبوع يرجع على التابع بما دفع من التعويض . أما متولى الرقابة فيرجع على المميز دون عديم التمييز ، وأن هذه هي حدود مسؤولية الغير عن تعويض الضرر التي أشار إليها النص . على أن المتبوع قد لا يرجع على التابع إلا ببعض ما دفع من التعويض ، ويتحقق ذلك إذا اشترك مع التابع في الخطأ ، فيقسم التعويض بينهما في علاقة أحدهما بالآخر وفقاً للقواعد التي قررناها عند تعدد المسئولين . وهذه هي حدود أخرى لمسئولية الغير عن تعويض الضرر ، وهي حدود تتعلق بمسئولية التابع نحو المتبوع ، وتضاف إلى الحدود التي تقدم ذكرها متعلقة بمسئولية عديم التمييز نحو متولى الرقابة . ولا بد ، في العلاقة ما بين المتبوع والتابع ، أن يثبت التابع أن المتبوع اشترك معه في الخطأ ، كأن يكون قد أمره بارتكابه أو ساهم معه فيه ، ولا يستطيع التابع أن يحتج على المتبوع بالمسئولية المفترضة . فإن هذه لا يحتج بها على المتبوع إلا المضرور كما سبق القول (٣) .

(١) أظن تاريخ النص آخفاً (فقرة ٦٧٤ في المامش) .

(٢) وقد سبق أن أشرنا إلى أن مسؤولية المتبوع هي وحدها التي تتمتع بمسئولية عن الغير ، أما مسؤولية متولى الرقابة فهي مسؤولية ذاتية تنتهي إلى أن تكون مسؤولية عن الغير . فهي إذن ابتداء مسؤولية ذاتية ، وانتهاء مسؤولية عن الغير . أما مسؤولية المتبوع فمسئولية عن الغير ابتداء وانتهاء .

(٣) وقد قضت محكمة النفس في هذا المعنى بأن القانون يعتبر المخدم مسئولاً عن الفعل الضار الذي يقع من خادمه أثناء خدمته ، وهذا الاعتبار مبني على مجرد افتراض قانوني في حق المخدم لا يتحقق إلا بالنسبة لمن وقع عليه الضرر . ولا يمكن أن يستفيد منه الخادم إلا إذا أقام الدليل على وقوع خطأ من جانب مخدمه أيضاً . فإذا كان المخدم لم يقع منه أى خطأ ، فإنه يحق له أن يطلب تحميل خادمه هو والتهمين معه . ثم بدفعه المدعى بالحقوق المدنية تقييداً للحكم =

ويقع كما قدمنا أن يرجع المضرور على المتبوع دون التابع . لأن الأول يكون عادة هو الملىء . ففي هذه الحالة يجوز للمتبوع أن يدخل التابع ضامناً في الدعوى ليحكم عليه بما عسى أن يحكم به على المتبوع . بل يجوز للمتبوع . والدعوى مرفوعة من المضرور عليه هو والتابع معاً . أن يرفع على التابع دعوى ضمان فرعية ليحكم له على التابع بما يحكم عليه للمضرور (١) .

ويثبت المضرور عادة الخطأ في جانب التابع حتى تقوم مسئولية المتبوع كما قدمنا . فيستفيد المتبوع من ذلك ولا يعود في حاجة إلى إثبات خطأ التابع عند الرجوع عليه . ولكن قد يقع أن يكون التابع مسئولاً نحو المضرور بمقتضى خطأ مفترض في جانبه ، كأن يكون معلماً مسئولاً عن تلميذ ولم يستطيع نفي الخطأ المفترض . أو يكون سائق سيارة احتفظ بخراسها فصار مسئولاً نحو المضرور بمقتضى خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، ففي هذه الحالة لا يحتاج المضرور إلى إثبات خطأ التابع لأن هذا الخطأ مفترض . فهل يستفيد المتبوع هنا أيضاً من الخطأ المفترض في جانب التابع عند رجوعه عليه ؟ ليس له ذلك ، بل عليه إذا أراد الرجوع على تابعه أن يثبت خطأه ولا يكتفى بالخطأ المفترض في جانبه . لأن هذا الخطأ المفترض . في الحالة التي نحن بصدددها ، إنما يقوم في العلاقة ما بين التابع والمضرور . لا في العلاقة ما بين التابع والمتبوع .

== الصادر بالتضامن معهم لأن هذا التضامن لم يقرره القانون إلا لمصلحة من وقع عليه الضرر . وأن تقدير حصة كل من اشتركوا في إحداث الضرر يجب بحسب الأصل أن يكون الناطق به مبلغ جسامه الخطأ الذي ساء به فيما أصاب المضرور من الضرر إذا كانت وقائع الدعوى تساعد على تقدير الأخطاء على هذا الأساس . أما إذا كان ذلك ممتنعاً ، فإنه لا يكون ثمة من سبيل إلا اعتبار المخطئين مسئولين بالتساوي عن الضرر الذي تسببوا فيه (هــ جنائي في ١٩ مايو سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٢٩ ص ٢٣٧) .

(١) أنظر الأستاذ مصطفى مرعي بك في المسئولية المدنية فقرة ٢٣٤ ص ٢١٤ - وقد أشار إلى حكم في هذا المعنى لمحكمة النقض قضت فيه . بأنه إذا رفعت دعوى تعويض على متهم عما أحدثه من أضرار للمدعى بالحق المدني وعلى وزارة الداخلية بالتضامن مع التهم لأنه من رجاها وهي مشولة عن فعال رجاها ومتضامنة معهم في تعويض كل ضرر يحدث منهم أثناء تأدية وطاقهم ، فللحكومة أن توجه دعوى الضمان الفرعية إلى التهم في حالة الحكم للمدعين بالتعويض . فإذا قضت المحكمة بعدم قبول دعوى الضمان الفرعية بحجة أنها سابقة لأوانها ، كان قضاؤها بذلك خاطئاً في تطبيق القانون ، ويتعين نقضه . (هــ جنائي في ٢٥ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر لأحكام النقض الحائية ٣ رقم ٤٧٥ ص ٦٠٤) .

الفرع الثاني

المسئولية الناشئة عن الأشياء

٦٩٦- **مادت ثلاث** : بعد أن فصلنا حالتى المسئولية عن عمل الغير ،

نتنقل إلى حالات المسئولية الناشئة عن الأشياء ، الحى منها وغير الحى . ذلك أن الشخص يسأل عما هو فى حراسته فى حالات ثلاث :

الأولى - مسئولية حارس الحيوان عما يحدثه الحيوان من ضرر .

والثانية - مسئولية حارس البناء عما يحدثه انهدام البناء من ضرر .

والثالثة - مسئولية من تولى حراسة آلات ميكانيكية أو أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر .

وتنظم هذه الحالات الثلاث فكرة «الخطأ فى الحراسة» (faute dans la garde).

فلا تزال المسئولية فيها مبنية على الخطأ ، والحارس مسئول عن خطئه فى الحراسة . والخطأ فى الحراسة هو أن يترك الحارس زمام الشيء يفلت من يده .

المبحث الأول

مسئولية حارس الحيوان (*)

٦٩٧- **النصوص القانونية** : كان القانون المدنى القديم ينص فى

المادتين ٢١٥/١٥٣ على ما يأتى :

(*) بعض المراجع : مازو ٢ فقرة ١٠٢١ - فقرة ١١٣٧ - بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٩٢ - فقرة ٦٠٦ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٠٥٨ وقرة ١٠٦٣ - فقرة ١٠٨٣ - كولان وكابيتان ولامورانديير ٢ فقرة ٣٥٧ - فقرة ٣٦١ - جوسران ٢ فقرة ٥١٥ - فقرة ٥٢٣ - الموجز للمؤلف فقرة ٣٥٥ - فقرة ٣٥٨ - الأستاذ مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٢٣٥ - فقرة ٢٥٤ - الدكتور حشمت أبو سنيت بك فقرة ٥١١ - فقرة ٥١٥ - الدكتور سليمان مرفى فى الفعل الضار فقرة ١٠٢ - فقرة ١٠٦ .

« وكذلك يلزم مالك الحيوان أو مستخدمه بالضرر الناشئ عن الحيوان المذكور . سواء كان في حيازته أو تسرب منه » .
وقد نقل القانون المدني الجديد هذا الحكم دون تعديل إلا في الصياغة :
فنصت المادة ١٧٦ من هذا القانون على ما يأتي :

« حارس الحيوان . ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب . ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه (١) » .

والنص الجديد أكثر وضوحاً من النص القديم ، وأوسع إحاطة بأحكام لمسئولية التي نحن بصدددها (٢) ، ولكنه لم يستحدث حكماً جديداً كما قدمنا .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « حارس الحيوان مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، حتى لو ضل الحيوان أو تسرب ، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه » . وأقرت لجنة المراجعة هذا النص تحت رقم المادة ١٨٠ من المشروع التمهيدى . وأقره مجلس النواب . ورأت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أن عبارة « حارس الحيوان » قد تشبه بالحراسة بالمعنى المقهوم ، وقد يفرج عنها المالك ، فقررت أن تكون صيغة المادة كما يأتي : « حارس الحيوان ولو لم يكن مالكا له ، فأضافت عبارة « ولو لم يكن مالكا له » بعد عبارة « حارس الحيوان » لتبرر أن اصطلاح حارس الحيوان لا ينفى اعتبار المالك حارساً إن توافرت الشروط المقررة في هذا الشأن . وقد اقترح على اللجنة الاستعاضة عن اصطلاح « الحارس » باصطلاح « التمتع » ، فلم تر الأخذ بهذا الاقتراح لأن تعبير « حارس الحيوان » قد يتسع نطاقه لصور أخرى لا تندرج تحت الصور المقترحة ، وقد استعمل الفقه في مصر اصطلاح الحراسة في هذا الشأن بوصفه مرادفاً لتعبير (garde) في اللغة الفرنسية ، ودلالة هذا التعبير معروفة وهى مرنة ، ومن غير المرغوب فيه حصرها في حدود صور مخصوصها ، وتعبير المشروع مع هذا الإيضاح لا يدعو إلى لبس ولا يقيّد الاجتهاد . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢٣ — ص ٤٢٨) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في تفصيل نص القانون الجديد ما يأتي : « يعتبر هذا النص متقدماً على نظيره في نصوص التقنين المصرى الحال (القديم) من ناحيتين : (١) فيلاحظ من ناحية أنه نوه صراحة بفكرة الحراسة ، وجعل حارس الحيوان مسئولاً عما يحدثه الحيوان من ضرر . وهذه الفكرة لا تتخلص إلا اقتضاء من دلالة عبارة المادة ٢١٥/١٥٣ إذ تنص على إلزام « مالك الحيوان أو مستخدمه بالضرر الناشئ عن الحيوان المذكور » . وقد جهد الفقه الحديث في تحليل فكرة الحراسة تحليلاً دقيقاً بلغ به أحياناً حد الإرهاف أو التهافت . فهو يفرق على الأخص بين الحراسة المادية والحراسة القانونية . والثانية دون الأولى هى التي تبنى عليها المسئولية ، وعلى هذا النحو يسأل مالك الحيوان متى كانت له =

ونبحث هنا أيضاً متى تتحقق مسؤولية حارس الحيوان ، وعلى أى أساس تقوم هذه المسؤولية .

المطلب الأول

متى تتحقق مسؤولية حارس الحيوان

٦٩٨- شروطه لتحقيق المسؤولية: تتحقق هذه المسؤولية إذا تولى شخص

حراسة حيوان وأحدث الحيوان ضرراً للغير . فعندئذ يكون حارس الحيوان مسؤولاً عن هذا الضرر .

فتحقق المسؤولية يستلزم إذن توافر ثلاثين : (١) تولى شخص حراسة حيوان (٢) إحداث الحيوان ضرراً للغير .

=الحراسة القانونية عما يحدثه هذا الحيوان من ضرر للرائض الذى استخدمه للناية به . وقد عني التقنين اللباني بالنص على هذا الحكم في عبارة صريحة ، ففضى في الفقرة الثانية من المادة ١٢٩ بأن « تلك المسؤولية تترتب ، ولو كان الحارس المضروب قد ارتبط من قبل بمقدم العقود ، كإجارة الأشخاص مثلاً ، ما لم ينص على خلاف ذلك » . وبراعى أن الحراسة القانونية تقابل قائمة ولو ضل الحيوان أو تسرب . (ب) ويلاحظ من ناحية أخرى أن المشروع اختار صراحة فكرة الخطأ المفترض ، وجعل منها أساساً لمسؤولية حارس الحيوان . وقد جرى القضاء المصرى على اتباع هذا الرأي ، رغم أن المادة ٢١٥/١٥٣ من التقنين المصرى لم تذكر شيئاً في هذا الشأن . وقد وقت التقنينات الأجنبية من فكرة افتراض الخطأ هذه مواقف مختلفة فيما يتعلق بقوة القرينة التى تقوم عليها من حيث جواز سقوطها أو عدم سقوطها بإثبات العكس . فبعض هذه التقنينات يبيح لحارس الحيوان الاكتفاء بإقامة الدليل على أنه ألزم الحيطة الواجبة لئلا يضر أو لرقابته (المادتان ٨٦/٩٤ من التقنين التونسي والمراكشي ، والمادة ٢٣٩٤ من التقنين البرتغالي ، والمادة ٨٣٤ من التقنين الألماني ، والمادة ١٣٢٠ من التقنين النمساوي المعدل ، والمادة ٥٦ من تقنين الالتزامات السويسرى ، والمادة ١٥٢٧ من التقنين البلجيكى ، والمادة ١٩٠ من التقنين الصينى) . وبعضها لا يبيح إلا إثبات السبب الأجنبى (المادة ٨١ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، والمادة ١٢٩ من التقنين اللباني ، والمادة ١٩٠٥ من التقنين الأسبانى) ، وهذا هو ما اختاره القضاء المصرى والقضاء الفرنسى . ويتوسط التقنين البولونى هذين الرأيين ، فيكفى من حارس الحيوان إقامة الدليل على أن خطأ ما لم يقع منه أو من أحد ممن يسأل عنهم (١٤٨ م) ومع ذلك فهو يجيز للحكمة رغم قيام هذا الدليل أن تترحم مالك الحيوان أو مستخدمه بتعويض كل الضرر أو بعضه إذا اقتضت العدالة ذلك مع مراعاة الظروف ويسار الضرور ومالك الحيوان أو مستخدمه بوجه خاص (المادة ١٤٩ في فقرتها الأخيرة) . ولم يبيح المشروع إلا إثبات السبب الأجنبى اقتداء بما جرى عليه القضاء المصرى في هذا الشأن ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢٤ - ص ٤٢٥) .

١٨ - حراسة الحيوان

٦٩٩- **تحليل هذا الشرط:** لا تتحقق مسؤولية إلا إذا تولى شخص حراسة حيوان. فنبين ما معنى الحراسة وما المقصود من لفظ «الحيوان».

٧٠٠- **الحراسة (la garde):** قلنا أن الخطأ في الحراسة هي أن يترك حارس زمام الشيء يقات من يده. فحارس الحيوان إذن هو من في يده زمام الحيوان. فتكون له السيطرة الفعلية عليه في توجيهه وفي رقابته. ويكون هو المتصرف في أمره. سواء ثبتت هذه السيطرة الفعلية بحق أو بغير حق. أي سواء كانت السيطرة شرعية أو غير شرعية. ما دامت سيطرة فعلية قائمة. فليس حارس الحيوان هو ضرورةً مالكة. فقد ينتقل زمام الحيوان - السيطرة الفعلية في توجيهه وفي رقابته وفي التصرف في أمره - من يده إلى يد غيره. فيصبح هذا الغير هو الحارس. وليس الحارس هو ضرورةً المنتفع بالحيوان إذا لم يكن لهذا السيطرة الفعلية في توجيه الحيوان وفي رقابته. وليس الحارس هو من يعرف عيوب الحيوان ويتركه مع ذلك يضر بالناس. ما دام لا يملك التصرف في أمره. وليست له سيطرة فعلية عليه في توجيهه وفي رقابته. وليس الحارس هو من يكون الحيوان في حيازته دون أن تكون له السيطرة الفعلية عليه في التوجيه والرقابة. فلا يعتبر حارساً بوجه عام لا الراعي ولا السائق ولا الخادم ولا السائس (١).

(١) ويجب أيضاً أن نستبعد ميارين، أحدهما قال به الأستاذان مازو ثم عدلا عن قولهما، والآخر قال به محكمة النقض الفرنسية.

فقد كان الأستاذان مازو يميزان بين الحراسة المادية (garde matérielle) والحراسة القانونية (garde juridique)، ويعملان الحراسة القانونية، وهي حق يعطيه القانون للشخص في السيطرة على الشيء، هي التي تنزب عليها المسؤولية. وقد عدلا عن هذا الرأي على أثر حكم محكمة النقض الفرنسية في دوائرها الخدمية في ٢ ديسمبر سنة ١٩٤١ (سيريه ١٩٤١ - ١ - ٢١٧ -) وانظر مازو ٢ فقرة ١٠٨٧ وفقرة ١١٥٩، وأخذ الأستاذان بمعيار السيطرة الفعلية في التوجيه والرقابة.

أما محكمة النقض الفرنسية في دوائرها المختصة فقد قضت في الحكم الذي أشرنا إليه بأن حرس الشيء هو من يستعمل الشيء بنفسه أو بواسطة تابع له الاستعمال الذي يلائم ممارسة = (celui qui, par lui-même ou par ses préposés, fait l'usage que...

فيجب إذن أن نقف عند المعيار الذي قلّمناه ، وأن نعتبر حارس الحيوان هو من بيده زمامه . فيملك السيطرة الفعلية عليه في التوجيه والرقابة ويكون هو المتصرف في أمره . ونص القانون المدني الجديد يتفق مع هذا المعيار ، فقد رأينا المادة ١٧٦ تنص على أن «حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر (١)» .

وإذا أردنا أن نطبق معيار «السيطرة الفعلية» تطبيقاً عملياً أمكن أن نفصله على الوجه الآتي :

مالك الحيوان هو في الأصل صاحب السيطرة الفعلية عليه ، وهو الذي يملك زمامه في يده ، فله التوجيه والرقابة ، وهو المتصرف في أمره . ومن ثم يكون حارس الحيوان هو أصلاً مالكه . فهناك إذن قرينة على أن مالك الحيوان هو الحارس ، وإذا رجع المضرور على المالك فليس عليه أن يثبت أنه هو الحارس ، بل المالك هو الذي عليه أن يثبت أنه لم يكن حارس الحيوان وقت إحدائه الضرر . وإذا أثبت زمام الحيوان من يد المالك بأن ضل أو تسرب ، كان هذا خطأ في الحراسة (faute dans la garde) ، ويكون مسئولاً عما يحدثه الحيوان من ضرر . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٧٦ إذ تقول : «حارس الحيوان ، ولو لم يكن

= (comporte l'exercice de sa profession) وهذا المعيار أرادت محكمة النقض أن تنزل فيه عند التعبير الذي استعمله القانون المدني الفرنسي في المادة ١٣٨٥ ، إذ أن هذا النص يجعل المسئول هو مالك الحيوان أو من يستعمله (le propriétaire ou celui qui s'en sert) ، وقصدت به أن توفق بين عبارة القانون الفرنسي والتعليل الصحيح لمعنى الحراسة . ولكن يؤخذ عليه أنه إذا كان من يستعمل الحيوان الاستعمال الذي يلائم ممارسة مهنته تكون له في الغالب السيطرة الفعلية عليه في توجيهه ورقابته فينتف الميعاران ، إلا أن هذا ليس ضرورة لازمة ، فقد تكون السيطرة الفعلية على الحيوان في يد غير اليد التي تستعمله الاستعمال الملائم للمهنة .

(١) وقد جاء في مناقشات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ما يؤيد هذا التفسير ، فقيل : «إن التشريعات الحديثة تستعمل هذا الاصطلاح (الحراسة) في هذا المقام ، وقد استقر في لغة الفقه القانوني الحديث الذي جهد في تحليل فكرة الحراسة تحليلاً دقيقاً بلغ به أحياناً حد الإلهاف أو التهاف ، فقد كان يفرق على الأخص بين الحراسة المادية والحراسة القانونية ، والثانية دون الأولى . هي التي تبنى عليها المسئولية ، ولكن التطور اتجه إلى الاعتداد بالبطرة الفعلية ، وعلى هذا النحو يؤول مالك الحيوان متى كانت له الحراسة الفعلية عما يحدثه هذا الحيوان من ضرر للرائس الذي استخدمه للمناية به » (مجموعة الأعمال التوضيحية ص ٢٢٦) .

مالكاً له، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر . ولو ضل الحيوان أو تسرب .
ومن باب أولى إذا ترك الحارس الحيوان في الطريق دون رقيب . كان
مسئولاً عما يحدث من ضرر .

وإذا انتقل الحيوان من يد المالك إلى يد أخرى . فإن كان قد انتقل رغم
إرادة المالك أو دون علمه . كما لو انتقل إلى لص سرق الحيوان . أو إلى
تابع للمالك استولى على الحيوان واستعمله لمنفعته الشخصية . فإن السيطرة
الفعلية على الحيوان تنتقل في هذه الحالة من المالك إلى هذا الغير . ويصبح
السارق أو التابع الذي استولى على الحيوان لنفسه الخاص هو الحارس . ويكون
هو المسئول عما يحدث الحيوان من ضرر . ومن ثم نتيين أنه ليس من الضروري
أن تكون السيطرة الفعلية سيطرة مشروعة لها سند من القانون . ففي المتأين
اللذين نحن بصددهما يتضح أن كلا من اللص والتابع مسيطر على الحيوان سيطرة
غير مشروعة .

أما إذا انتقل الحيوان من يد المالك إلى يد الغير برضاء من المالك . وكان
الغير تابعاً للمالك كالسائق والسائس والخدام والراعى . فالأصل أن انتقال
الحيوان إلى يد التابع لا ينقل إليه السيطرة الفعلية على الحيوان . إذ الغالب
أن المالك يستبقى سيطرته الفعلية على الحيوان حتى بعد أن يسلمه لتابعه .
فيتبقى المالك في هذه الحالة هو الحارس . ولكن لا شيء يمنع في بعض الحالات
من أن تنتقل السيطرة الفعلية إلى التابع . كما إذا سلم صاحب الحصان حصانه
لخيلال (jockey) يجرى به في السباق ، فإن الخيلال في هذه الحالة من وقت أن
أمسك بزمام الحصان وبدأ يجرى به في السباق قد انتقلت إليه السيطرة الفعلية
على الحصان وأصبح هو الحارس ، فيكون مسئولاً مسئولية الحارس .
ويكون المالك مسئولاً مسئولية المتبوع .

وإذا كان المالك قد نقل الحيوان إلى شخص غير التابع ينتفع به كالمستأجر أو
المستعير ، انتقلت في الغالب من الأحوال إلى هذا الشخص السيطرة الفعلية
على الحيوان ، إذ هو في سبيل الانتفاع به بمسك زمامه في يده وله حق التصرف
في أمره ، ومن ثم يكون هو الحارس . فإن نقله المالك إلى شخص غير التابع
لا لينتفع به بل للمحافظة عليه أو لعلاج . كصاحب الاصلط وصاحب

التناتن والطبيب البيطرى . فالأصل هنا أيضاً أن السيطرة الفنية تنتقل إلى هذا الشخص . ويكون هو الحارس . ولكن قد يستبق المالك في هذه الحالة السيطرة الفعلية على الحيوان في أثناء الوديعة أو وقت العلاج ، فيبقى هو الحارس (١) .

٧٠١ - الجبوان : أى نوع من الحيوان . مستأنساً كان أو متوحشاً .

كبيراً أو صغيراً . خطراً أو غير خطر . يكون حارسه مسئولاً عنه . فاللدواب والبهائم بأنواعها المختلفة من خيل وبغال وحمير وجمال ومواش . والحيوانات الأليفة من كلاب وقطط وقرودة . والدواجن والطير ، وما عسى أن يمتلك الشخص من حيوانات مفرسة كالسباع والثور والبقرة وغيرها ، كل هذا يكون حارسه مسئولاً عنه . وقد يكون الحيوان معتبراً عقاراً بالتخصيص .

(١) أنظر في هذا المعنى ما زو ٢ فقرة ١١٠ : - فقرة ١١٠٨ - ويرى الأستاذ مصطفى مرعى بك أن الذى تنتقل إليه الحراسة هو الذى يتسلم الحيوان بقصد الانتفاع به ، لأنه وهو ينتفع به يحيط بخصاله وطبائمه ، أما من يحوز الحيوان بحكم صناعته التى تجبره على تلقي كل حيوان يرد إليه ، كالراعى والبطار والطبيب البيطرى وشركات النقل ، فلا تنتقل إليه الحراسة (المشولية المدنية فقرة ٢٢٥) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشول عن الحيوان هو حارسه لا مالكه (استئناف مختلط فى ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٩) . فلا يصبح المالك مسئولاً متى سلم الحيوان إلى شخص آخر ينتفع به ويستخدمه لمصلحته فانتقلت إليه الحراسة ، والمالك هو الذى يكون مسئولاً (استئناف مختلط فى ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٧) . ولا يكون المالك مسئولاً إلا إذا ارتكب خطأ بأن سلم الحيوان إلى شخص غير قادر على حراسته (الحكم السابق) . ولكن مالك الحيوان يكون مسئولاً عن خطأ تابعه كالتائق (استئناف مختلط فى أول يونيو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٦٤) .

وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا علق شخص خيله بعربة أخرى وركب هو وصديق له ، ووكل إلى الصديق القيادة فى مكان مزدحم ، كان صاحب الخيل هو المشول ، وبخاصة إذا كان صديقه يقود تحت إشرافه لضعف بصره ولعدم معرفته بطباع هذه الخيل (استئناف وطنى فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ٢٧ ص ٦٠) .

وقضت محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة بأنه إذا وقع الضرر من واحد بين حيوانات متعددة ، ولم يعرف على وجه اليقين أيها هو الذى أحدث الضرر ، كان جميع الأشخاص الذين وجدت الحيوانات فى حراستهم متضامين فى المشولية . فإذا ترك صاحب الكلاب طلبه طليقاً فى الطريق العام ، فاختلط بكلاب أخرى ، وأصيب مار من هذه الكلاب ، ولم يعرف أى كلب عضه ، فأصحاب الكلاب جميعاً مسئولون بالتضامن (محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ جازيت ٥ رقم ٣٠ ص ٦٦) .

كالمواشي المنحقة بأرض زراعية . ولا يمنع ذلك من أن يكون حارسها مسئولاً عنها . ولا عبرة بأنها تعد عقاراً .

ولكن يشترط أن يكون الحيوان حياً ومملوكاً لأحد من الناس وأن تكون حراسته ممكنة . فجنة الحيوان الميت تعتبر شيئاً غير حي لا حيواناً ، والمسئولية عنها تكون مسئولية عن شيء غير حي لا عن حيوان . فلا تتحقق وفقاً للمادة ١٧٨ من القانون المدني الجديد إلا إذا كانت حراستها تتطلب عناية خاصة . والطير الذي لا مالك له لا يسأل شخص عما يحدثه من التلف إلا إذا ثبت خطأ في جانبه . والجراد إذا أصاب زرعاً فأتلفه لا يسأل عن عمله إلا شخص ثبت أنه أثار الجراد بخطأه .

٢٥ - إحداث الحيوان ضرراً للغير

٧٠٢- **تحليل هذا الشرط :** حتى تتحقق مسئولية حارس الحيوان . يلزم أن يكون هذا الحيوان قد أحدث ضرراً للغير . فيلزم إذن أن يكون الضرر من فعل الحيوان (fait de l'animal) . ويكون هناك أمران نتكلم فيهما :
(١) فعل الحيوان (٢) والضرر الذي يحدثه .

٧٠٣- **فعل الحيوان :** يجب أن يكون الحيوان هو الذي «أحدث» الضرر . أى أن يكون قد أتى عملاً إيجابياً كان هو السبب في الضرر . أما إذا كان الضرر قد حدث دون أن يكون للحيوان دور إيجابى ، كما إذا ارتطم شخص بجسم حيوان حتى فجرح ، أو سقطت جثة حيوان ميت على إنسان فأصابته بالضرر ، فإن الضرر لا يكون في هذه الحالة من فعل الحيوان ، إذ لم يكن للحيوان في ذلك إلا دور سلبى .

وإذا كنا نتطلب أن يقوم الحيوان بدور إيجابى في إحداث الضرر . فليس هذا معناه أن يكون الحيوان قد اتصل اتصالاً مادياً بالجسم الذى ألحق به الضرر ، بل يكفي أن يكون هو السبب الإيجابى لإحدائه . فلو خرج حيوان مفترس في حراسة شخص فجأة إلى الطريق العام . فأصاب الذعر أحد المارة وسقط فجرح دون أن يمس الحيوان . فهذا الضرر يعتبر من فعل

الحيوان

وهناك فروض يكون فيها قد اشترك مع الحيوان عامل آخر في إحداث الضرر . كما إذا كان المتسبب المباشر في الإصابة هي المركبة التي يقودها الحيوان . فإذا كان الحيوان هو العامل المتغلب كما هو الراجح ، فإن الإصابة تعتبر من فعله . ويدق الأمر إذا كان الحيوان عند إحداث الإصابة يقوده إنسان أو يمتطيه ، فهل تعتبر الإصابة قد حدثت من فعل الإنسان أو من فعل الحيوان ؟ ولا شك في أن القول برأى من هذين الرأيين تترتب عليه أهمية عملية كبيرة . إذ لو اعتبرت الإصابة من فعل الإنسان . فلا يفترض الخطأ . بل يكلف المدعى إثباته طبقاً للقواعد العامة . وإذا اعتبرت الإصابة من فعل الحيوان ، كان هناك خطأ مفترض في جانب الحارس . ولا يكلف المدعى إثبات هذا الخطأ . وقد سار القضاء الفرنسي مدة طويلة على اعتبار أن الإصابة قد حدثت من فعل الإنسان (١) . وتابع القضاء المصري القضاء الفرنسي في ذلك (٢) . ثم عدل القضاء الفرنسي عن هذا الرأي . واعتبر أن الإصابة قد حدثت من فعل الحيوان (٣) . وهذا هو الرأي الصحيح ، لأن راكب الحيوان أو قائده لا تعتبر الإصابة من فعله إلا إذا كان قد تعمدتها . فإن اعترف بذلك ، وهذا غير محتمل ، كان الخطأ ثابتاً في جانبه . وإلا فإن الحيوان عندما أحدث الضرر يكون زمامه قد أفلت من يده ، وتكون الإصابة قد حدثت بفعل الحيوان (٤) .

٧٠٤ - الضرر النشأ بمجرم الحيوان : أى ضرر يحدثه الحيوان يكون حارسه

مستولاً عنه . فإذا دهس حيوان شخصاً فجرحه أو قتله ، وإذا أثلف الحيوان مالا مملوكاً للغير ولو كان هذا المالك حيواناً مثله ، وإذا عض كلب شخصاً فأحدث

(١) قس فرنسي في ٦ مايو سنة ١٩٠١ سيرة ١٩٠٢ - ١ - ٢٨٦ - وحكم آخر في ١١ مايو سنة ١٩٠٨ دالوز ١٩١١ - ١ - ٣٩٩ .

(٢) استئناف مختلط في ٣ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٣ .

(٣) قس فرنسي في ٣٠ يناير سنة ١٩٢٨ سيرة ١٩٢٨ - ١ - ١٧٧ - وحكم آخر في ٢٤ يونيو سنة ١٩٣٠ سيرة ١٩٣١ - ١ - ١٢١ .

(٤) مازو ٢ فقرة ١١٢٢ .

به ضرراً (١) ، وإذا انتقل مرض معد من حيوان مريض ، فكل هذه تعتبر أضراراً يكون حارس الحيوان مسئولاً عنها .

والضرر الذى يحدثه الحيوان قد يقع على الغير كما هو الغالب ، وقد يقع على الحارس نفسه ، وقد يقع على المالك إذا لم يكن هو الحارس ، وقد يقع على الحيوان ذاته أى أن الحيوان يصيب نفسه بالضرر .

فإذا أوقع الحيوان الضرر بالغير ، جاز للغير أن يرجع بالتعويض على الحارس بالخطأ المفترض . وهذه هى الصورة المألوفة فى المسؤولية عن الحيوان .

ويعتبر فى حكم الغير تابع المالك إذا لم تنتقل إليه الحراسة . فإذا ألحق الحيوان ضرراً بسائسه أو بسائقه ، فقد تقدم أن المالك فى هذه الحالة يعتبر فى الأصل أنه هو الحارس ، ويكون مسئولاً تجاه السائس أو السائق بالخطأ المفترض (٢) . وإذا كانت هناك علاقة عقدية ما بين حارس الحيوان والمضروب ،

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختاطة بأنه إذا عض كلب إنساناً ، ولم يكن الكلب موضوعاً فى قيد بل ترك طليقاً فى الحديقة مع أنه كلب خطر ، فإن صاحب الكلب مسئول حتى لو كان المضروب يعلم أن الكلب خطر (استئناف مختلط فى ٣ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٠٢) .

(٢) وقد قضت فى هذا المعنى محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا أصيب «عربجي» فى أثناء خدمته بجرح بليغ من حصان مخدومه ، وكان عالمياً بيب الحصان ولكنه كان يحتاط لنفسه ، فإن السيد ملزم بالتعويض ارتكائاً على المادة ١٥٣ مدنى (قديم) ، لأنه لم يثبت أن الضرر الحاصل نشأ عن خطأ الخادم أو بالقضاء وأقدر (استئناف وطنى فى ٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٢٠ ص ٣٧) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية ، فى مسئولية صاحب جمل عض جله الجمال عندما كان يقدم له الطعام ، بأن القانون يفترض حصول الخطأ أو الإهمال من صاحب الحيوان ويعنى المجنى عليه من عبء الإثبات ، سواء كان المجنى عليه هو العامل الذى يقود الحيوان أو أجنبياً عنه ، ولا يسقط هذا الافتراض القانونى قبل مالك الحيوان بإثبات عدم حصول خطأ أو إهمال منه ، بل يجب لذلك أن يثبت أن الإصابة حصلت بسبب قهرى أو بخطأ المجنى عليه . ولما كان مالك الحيوان لم يثبت أن الإصابة حصلت بسبب قهرى أو بخطأ المجنى عليه ، إذ لا يكفى أن يستنتج خطأ المجنى عليه من هدوء طبيعة الجمل وعدم اعتياده على العض وأنه لا بد لذلك أن يكون قد أسىء إليه ، بل يجب أن يقوم الدليل على هذه الإساءة ، فإن افتراض الخطأ يبقى قائماً فى جانب المالك (استئناف مصر الوطنية فى ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ١٠٨٠) . وقضت أيضاً فى قضية مماثلة ، سلم فيها صاحب الجمل جله إلى أجير عنده لقيادته ففقر الجمل الأجير ، بأنه يؤخذ من نص المادة ١٥٣ مدنى أهلى (قديم) أن الشارع جعل مسئولية مالك الحيوان أو مستخدمه هى الأصل ، إلا إذا تم دليل قاطع على أن الضرر الذى أصاب الغير إنما أصابه بمصادمة قهرية =

كما إذا استأجر شخص الحيوان وصاحبه لينقله من مكان إلى آخر . فأصر الحيوان بالمستأجر . فإن صاحب الحيوان في هذه الحالة يكون مسئولاً مسئولية عقدية لا مسئولية تقصيرية ، لأنه التزم في عقد النقل بضمان سلامة الراكب . وإذا أحدث الحيوان ضرراً بحيوان آخر ، فمالك الحيوان المضرور يرجع على حارس الحيوان الأول بالخطأ المفترض لأنه من الغير (١) .

= أو بإهماله هو ، والذي يستفيد من هذه المسئولية المفترضة ليس فقط الشخص الأحمى عن المالك ، بل يستفيد منها أيضاً الأشخاص الذين يعملون في خدمة المالك إذا كلفهم المالك المذكور بأن يسوقوا الحيوان أو يعتنوا به أو يقوموا بخدمته (استئناف مصر الوطنية في ١٧ يونيو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٦١ ص ٥٢٩ — انظر أيضاً محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢ نوفمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٨ ص ٧٩) . وقضت محكمة استئناف أسبوط في هذا المعنى أيضاً بأن القانون في المادة ١٥٣ مدني (قديم) يفترض وقوع خطأ أو إهمال من مالك الحيوان الذي أحدث ضرراً بالغير ، ولذا جعله مسئولاً عن كل ضرر ينشأ عن الحيوان بلا أدنى قيد ، والمصاب في غير حاجة إلى إقامة الدليل على خطأ أو إهمال من المالك لأن القانون افترض خطأه . ولما كان تدخل المصاب من تلقاء نفسه وهو عامل عند صاحب الخير يمنع الخير من الانتعاش فيما بينها دون الاستعانة بعضاً لا بعد خطأ أو إهمالاً منه ، لذلك تكون المسئولية واقعة على المالك ، لأن خطأه المفترض قانوناً لم يرفع بخطأ المصاب (استئناف أسبوط في ١٥ أبريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٤٤ ص ٨٠) .

أما إذا ثبت خطأ في جانب المصاب ، فإن هذا الخطأ قد ينفي علاقة السببية ما بين الضرر والخطأ المفترض في جانب المسئول . وقد قضت محكمة طائفا الاستئنافية بأنه إذا ثبت أن الجمل انتزع رباطه من الوتد وعرض الخادم المسكف بخدمة المواشي ، وثبت أن الخادم لم يتخذ الاحتياطات الضرورية في ذلك الفصل من السنة لأنه لم يكسب الجمل ، وأن الجمل لم يكن حيواناً خطراً معتاداً على العن ، كان الضرر ليس إلا نتيجة إهمال المصاب وتعين رفض دعواه (طائفا استئنافي في ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٢٠ ص ٣٣٧) .

وإذا سلم صاحب الحيوان حيوانه إلى المستخدم لينتفع به انتفاعاً شخصياً ، انتقلت الحراسة إلى المستخدم ، ولا يكون صاحب الحيوان مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه الحيوان للمستخدم (استئناف مختلط في ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٧) .

ويذهب الأستاذ مصطفى مرعى بك إلى أن مالك الحيوان لا يكون مسئولاً تجاه خادمه المسكف بمراقبة الحيوان ، بقضي خطأ مفترض ، بل يجب على الخادم أن يثبت خطأ في جانب المالك ، كأن يكون المالك قد أخفى عن خادمه عيباً يعلمه في الحيوان ، أو يكون المالك قد سلم الحيوان لخادم صغير لا تسمح له سنه بملاحظة الحيوان ، أو يكون المالك قد قصر في تجهيز الحيوان بالأدوات اللازمة لصدده وكبح جماحه (المسئولية المدنية فقرة ٢٤١) .

(١) وإذا اتفق شخصان على أن يتركوا مواشيهم في مكان واحد ، وأن بعض كل منهما من مسئوليته عن مواشيه ، فإن شرط الإعفاء يكون إعفاء من المسئولية التقصيرية . فيكون باطلاً ويعجز كل منهما مسئولاً عن مواشيه قبل الآخر فيقتضي خطأ مفترض .

وإذا أوقع الحيوان الضرر بالحارس نفسه . فلا يستطيع الحارس أن يرجع على المالك إلا إذا أثبت خطأ في جانبه طبقاً للقواعد العامة .
وإذا أوقع الحيوان الضرر بالمالك وكان غير الحارس . فللمالك أن يرجع على الحارس بالخطأ المفترض . ويعتبر غيراً في هذه الحالة .
وإذا أوقع الحيوان الضرر بذاته . بأن اختنق بحبل مثلاً . وكان الحارس هو المالك . هلك الحيوان على مالكه . أما إذا كان الحارس غير المالك : فلا يستطيع المالك في هذه الحالة أن يحتج على الحارس بالخطأ المفترض . فإن افترض الخطأ لا يقوم إلا لضرر أصاب الغير لا الحيوان ذاته . ولكن يجوز للمالك أن يثبت خطأ في جانب الحارس ، فيرجع عليه بالتعويض للخطأ الذي أثبتته لا لخطأ مفترض .

المطلب الثاني

الأساس الذي تقوم عليه مسئولية حارس الحيوان

٧٠٥- **مسألته:** متى تحققت مسئولية حارس الحيوان على النحو الذي قدمناه . قامت هذه المسئولية على خطأ مفترض في جانب الحارس كما أسلفنا .
ولين الآن : (١) ما هو هذا الخطأ (٢) وإلى أى حد هو مفترض .

١§- ما هو الخطأ

٧٠٦- **خطأ في الحراسة :** الخطأ المفترض في جانب حارس الحيوان هو خطأ في الحراسة (faute dans la garde) . وعلى هذا الخطأ قامت مسئولية الحارس ، فالخطأ إذن هو أساس المسئولية . ولا يمكن أن يقال إن أساس المسئولية هو تحمل التبعة (risque) ، وإلا لكان المسئول هو المنتفع بالحيوان لا الحارس . ولما جاز دفع المسئولية بإثبات السبب الأجنبي . والخطأ في الحراسة هو إفلات الحيوان من سيطرة الحارس ، لأن هذا الإفلات هو الذي أحدث الضرر .

٧٠٧- **ما الذي يجتبه المضرور :** ولا يكلف المضرور إلا بإثبات الشروط

التي تتحقق بها مسئولية حارس الحيوان . فيجب عليه أن يثبت أولاً أن المدعى عليه هو حارس الحيوان ، وقد قدمنا أن هناك قرينة على أن المالك هو الحارس إلى أن يثبت أن حراسة الحيوان قد خرجت من يده . ويجب عليه بعد ذلك أن يثبت أن الضرر قد وقع بفعل الحيوان ، أى أن الحيوان قد تدخل تدخله لإجباراً في إحداث الضرر ، وأن الضرر قد حدث بفعله لا بفعل الإنسان ولا بفعل الشيء ، على التفصيل الذى سبق ذكره .

٢٨ - إلى أى حد هو مفترض

٧٠٨- الافتراض لا يقبل إثبات العكس: الخطأ هنا مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس (١) ، بخلاف الخطأ المفترض في جانب متولى الرقابة فهو افتراض يقبل إثبات العكس كما قدمنا .

فلا يجوز إذن للحارس ، متى أثبت الضرر والشروط التي تتحقق بها مسئوليته ، أن ينسب الخطأ عن نفسه ، بأن يثبت أنه لم يرتكب خطأ وأنه قام بما ينبغى من العناية حتى لا يحدث الحيوان الضرر . ذلك أن الضرر لم يحدث إلا لأن زمام الحيوان قد أفلت من يده ، وهذا الإفلات هو ذات الخطأ . وقد ثبت الإفلات بدليل وقوع الضرر ، فلا حاجة إذن لإثباته بدليل آخر ، ولا جدوى من نفيه بإثبات العكس . وهذا هو المعنى المقصود من أن الخطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، فهو خطأ قد تم إثباته ، ولا يتصور إذن أن يثبت عكسه (٢) :

(١) وتختلف مسئولية صاحب الحيوان الجنائية عن المسئولية المدنية ، ففي الأولى لا يفترض الخطأ بل يجب إثباته . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه لا يكفي لحاكم شخص جنائياً عما يصيب الغير من الأذى بفعل الحيوان أن يثبت أن ذلك الحيوان مملوك له ، لأن ذلك إذا صح مبنيّاً أن يكون سبباً للمسئولية المدنية ، فإنه لا يكفي لتقرير المسئولية الجنائية التي لا يصح أن يكون لها محل إلا إذا ثبت على المالك نوع من أنواع الخطأ في المحافظة على حيوانه ومنع أذاه عن الغير ، وفي هذه الحالة يجب بيان نوع هذا الخطأ في الحكم ووجه نسبته إلى مالك الحيوان بالعلم (نقض جنائى في ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٤٣ ص ٢٦٣) . أنظر في هذه المسألة الأستاذ مصطفى مرعى بك في المسئولية المدنية فقرة ٢٣٦ .

(٢) الدكتور سليمان مرقص في العمل الناصر فقرة ١٠٦ - وقد كان الفقه في فرنسا يعمل افتراض الخطأ قابلاً لإثبات العكس ، وتنازع القضاء الفرنسى في ذلك . ثم تحول القضاء لحمل افتراض الخطأ غير قابل لإثبات العكس ، وتحول الفقه إلى هذا النظر أيضاً ، ونعمنا في ذلك القانون المصرى القديم ثم القانون المصرى الجديد .

وقد سبق القول إن افتراض الخطأ إنما يقوم في العلاقة ما بين الحارس والمضروب . فلا يقوم إذا أحدث الحيوان ضرراً لنفسه أو أحدث ضرراً لحارس (١) . وقد منّا أيضاً أن مسؤولية حارس الحيوان قد تجتمع مع مسؤولية المتبوع في شخص واحد . فمالك الحيوان إذا دفعه إلى السائق محتفظاً بالحراسة ، فألحق الحيوان ضرراً بالغير ، أمكنت مساءلة المالك باعتباره حارساً للحيوان حيث يفترض الخطأ في جانبه افتراضاً لا بقبل إثبات العكس ، كما تمكن مساءلته باعتباره متبوعاً للسائق ولكن يجب على المضروب في هذه الحالة أن يثبت خطأ في جانب السائق (٢) .

وقد رأينا أن المتبوع تتحقق مسؤوليته ولو كان عديم التمييز . أما حارس الحيوان فلا يجوز أن يكون عديم التمييز . لأن مسؤوليته قائمة على الخطأ ، وعديم التمييز لا يتصور الخطأ في جانبه .

٧٠٩- **موازنة المسؤولية بنفى عمدة السببية** : ولا يستطيع حارس الحيوان أن يبنى عنه المساواة إلا ببنى علاقة السببية ما بين فعل الحيوان والضرر الذي وقع . وذلك بأن يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي . قوة القاهرة أو حادث مفاجيء أو خطأ المضروب أو خطأ الغير . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٧٦ إذ تقول : « ... ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه » . وهو ما أجمع عليه الفقه (٣) والقضاء (٤) في مصر .

(١) ولا يقوم افتراض الخطأ أيضاً في العلاقة ما بين حارس الحيوان وشخص غير المضروب ، فلو ثبت أن فعل الحيوان الذي أحدث الضرر كان سببه استفزاز أجنبي للحيوان ، وأراد حارس الحيوان أن يرجع بما دفع من تعويض المضروب على هذا الأجنبي ، فلا يجوز للأجنبي في هذه الحالة أن يحتج بالخطأ المفترض في جانب الحارس لتقسيم التعويض فيما بينهما (الدكتور سليمان مرقس في العمل الضار فقرة ١٠٥ من ١٢٣) .

(٢) انظر آفا فقرة ٦٩٣ .

(٣) الموجز للدواف فقرة ٣٥٨ — الأستاذ مصطفى مرعى بك في المسؤولية المدنية فقرة ٢٤٨ — الدكتور حشمت أبو سنيت بك فقرة ٥١٥ — الدكتور سليمان مرقس في العمل الضار فقرة ١٠٦ .

(٤) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن المادة ١٥٣ مدني أهلي (قديم) تفترض حصول خطأ أو إهمال من صاحب الحيوان ، وهذا الفرض القانوني لا يسقطه إثبات عدم حصول

المبحث الثاني

مسئولية حارس البناء (*)

٧١٠- **النصر من القانونية:** لم يكن القانون المدني القديم يشتمل على نص

لتحديد المسؤولية عن تهدم البناء ، فكانت القواعد العامة للمسئولية هي التي

= خطأ أو إهمال، بل يجب لإسقاط المسؤولية أن يثبت المشول أن الإصابة حلت بسبب قهره أو خطأ المجني عليه (استئناف مصر الوطنية في ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٨٥ ص ١٠٨٠) . وقضت أيضاً بأن الذي يؤخذ من نص المادة ١٥٣ مدني أهلي (قديم) أن الشارع جعل مسؤولية مالك الحيوان أو مستخدمه هي الأصل ، إلا إذا قام دليل قاطع على أن الضرر الذي أصاب الغير إنما أصابه بمحاذنة قهريه أو بإهماله هو (استئناف مصر الوطنية في ١٧ يونيو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٦١ ص ٥٢٩) .

وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف أسبوط في ١٥ أبريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٤٤ ص ٨٠ — محكمة بني سويف في ١١ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٢٤ ص ٣٤٦ . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المسؤولية عن الحيوان لا ترفع إلا بإثبات السبب الأجنبي (استئناف مختلط في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٨ : ولا يكفي أن يقال إن الحصان جفل من قدوم راكب آخر أو أن المصاب كان يسير وسط الطريق) . أنظر أيضاً : استئناف مختلط في ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٥٨ (ترك الحمار على الرصيف دون قيد ، ولكن المار تعرض له لير فأصيب : خطأ مشترك) — وفي ٢٦ يناير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٥٤ (من يقود حيواناً في طريق عام يجب عليه أن يحكم وثاقه حتى لا يفلت منه) — وفي ٣ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٠٢ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم : لا يفي حارس الحيوان من المسؤولية أن يكون المصاب عالماً أن الكلب مطلق السراح في الحديقة وهو كلب خطر ، فقد كان الواجب على الحارس ألا يدع الكلب وهو خطر مطلق السراح) — وفي ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٣٨ — وقضت محكمة الإسكندرية الجزئية المختلطة في ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٨ (جازيت ٢٠ رقم ١٨٧ ص ١٧٢) أنه تعتبر قوة فاهرة أن يتزعج حصان من أجراس مركبة الحريق فيجفل فيصيب ماراً .

(*) بعض المراجع : مازو ٢ فقرة ١٠١٩ — فقرة ١٠٧٠ — بلانيول وريبير وإسمان ١

فقرة ٦٠٧ — فقرة ٦١١ — بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٠٨٥ — فقرة ١٠٩٣ — كولالت وكابيتان ولامورانديير ٢ فقرة ٣٦٢ — فقرة ٣٦٥ — جوسران ٢ فقرة ٥٢٤ — فقرة ٥٢٨ — الموجز للدولف فقرة ٣٥٩ — فقرة ٣٦٢ — الأستاذ مصطفى مرعي بك في المسؤولية المدنية فقرة ٢٦٦ — فقرة ٢٩٢ — الدكتور حشمت أبو سقيت بك فقرة ٥١٦ — فقرة ٥١٩ — الدكتور سليمان مرقص في الفعل الضار فقرة ١٠٧ — فقرة ١١٢ .

تنطبق ، وإن كان القضاء المصرى . عن طريق لقرائن القضاية ، اقرب من القواعد الخاصة التى اشتمل عايبها القانون الفرنسى فى المسئولية عن تهمد البناء . إذ تنص المادة ١٣٨٦ من القانون المدنى الفرنسى على أن «مالك البناء يكون مسئولاً عما يحدث تهمده من الضرر إذا كان هذا التهمد يرجع إلى نقص فى الصيانة أو إلى عيب فى البناء» . فكان هذا النص يشدد من مسئولية مالك البناء عما قرره القواعد العامة . فمسئولية المالك طبقاً لهذا النص تقوم على خطأ مفترض منى أثبت المضرور أن الضرر يرجع إلى نقص فى صيانة البناء أو إلى عيب فيه . ويفترض عندئذ افتراضاً غير قابل لإثبات العكس أن هذا النقص فى الصيانة أو هذا العيب منسوب إلى خطأ من المالك . أما القانون المصرى القديم فلم يتضمن كما قدمنا ما يقابل المادة ١٣٨٦ من القانون الفرنسى . وترتب على ذلك أن حارس البناء لا المالك كان هو المسئول . وكانت مسئوليته مبنية على القواعد العامة . أى على خطأ ثابت لا على خطأ مفترض . فكان لا بد من أن يثبت المضرور خطأ فى جانب الحارس حتى تتحقق المسئولية . قلنا إن القضاء المصرى كان قد اقرب من قواعد القانون الفرنسى . وقرب الشقة بين القانونين المصرى والفرنسى أمران :

(أولاً) أن القضاء المصرى كان يشدد كل التشدد فى التزام حارس البناء ، فكان يطالبه بإليظة والانتباه حتى لا يكون البناء مصدراً للخطر ، وأى إهمال فى ذلك مهما كان نافهاً يوجب مسئولية الحارس عن تعويض ما وقع من الضرر .

(ثانياً) أن هذا القضاء من جهة أخرى كان يتساهل كل التساهل فى حق المضرور ، فيجيز له إثبات خطأ حارس البناء بأتفه القرائن . فهذا التشدد فى جهة وهذا التساهل فى جهة أخرى كان من شأنه أن يجعل القضاء المصرى يقرب من القانون الفرنسى ، ويستعيز عن القرينة القانونية المقررة فى هذا القانون بقرينة قضاية قررها هو . ومن ثم أمكنه فى كثير من الأحوال أن يقرر دون نص مسئولية حارس البناء إذا ثبت أن هناك عيباً فى البناء أو نقصاً فى الصيانة (١) .

(١) أنظر تفسى مدنى فى ١٧ يونية سنة ١٩٣٧ بمجموعة عمر ٣ رقم ٦٤ ص ١٧٥ (ووترن =

وقد جاء القانون المصري لجديد بمصر خاص في مسؤولية حارس البناء ،
فخصي في المادة ١٧٧ بما يأتي :

« ١ - حارس البناء ، ولو لم يكن مالكاً له . مسئول عما يحدثه انهيار البناء
من ضرر ، ولو كان انهياراً جزئياً ، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه
إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه » .

« ٢ - ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ
ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر . فإن لم يقم المالك بذلك . جاز
الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه (١) » .

= قس مدني في ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٠ من ٤٢١) - استئناف مصر
وطني في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ الحاماة ١٥ رقم ٢/٢٧٩ من ٥٨٦ - وفي ٢٨ نوفمبر
سنة ١٩٣٧ الحاماة ١٨ رقم ٤٠٢ من ٨٧١ - وفي ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٨ الحاماة ١٩
رقم ٣٤٥ من ٨٤١ - استئناف مختلط في ٢ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ من ٢٧٠ - وفي
٢٨ يولية سنة ١٩٠٣ م ١٥ من ١١١ - وفي ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ من ١٦٠ -
وفي ٥ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ من ١٢٢ - وفي ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٢٥٨ -
وفي ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ من ٤٨٥ . وانظر الموجز للوظائف بقدر ٣٦٢ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤٥ من المشروع التمهيدي على وجه يقارب

نص القانون الجديد . وأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية تحت رقم المادة ١٨١ من
المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وأضافت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ
عبارة « ولم يكن مالكاً » بد عبارة « حارس البناء » ، وأصبح رقم المادة ١٧٧ . وقالت
اللجنة في تقريرها : « اقترح الاستعاضة عن اصطلاح الحارس في المادة ١٧٧ باصطلاح مالك
البناء أو حائزه بنية التملك . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن تعبير « حارس البناء أو
الشيء » قد ينسج نطاقه لصور أخرى لاتندرج تحت الصيغ المقترحة ، وقد استعمل الفقه في مصر
اصطلاح الحراسة في هذا الشأن بوصفه مرادفاً لتعبير (gards) في اللغة الفرنسية ، ودلالة هذا
التعبير معروفة ، وهي مرنة ، ومن غير المرغوب فيه حصرها في حدود صور بخصوصها . وتعبير
المشروع مع هذا الإيضاح لا يدعو إلى لبس ولا يقيد الاجتهاد . ووافق مجلس الشيوخ على المادة
كما عدلتها لجنته (بمجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٢٨ - من ٤٣٤) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « لم يعرض
التقنين المصري للمسئولية عن البناء ، ولذلك جرى القضاء المصري بشأنها على تطبيق القواعد
العامة ، وجعل من الخطأ التائب أساساً لها ، ولو أنه لا يتعدد كثيراً فيما يتعلق بحمامة هذا
الخطأ . أما المشروع فقد أثر تأسيس هذه المسئولية على الخطأ الفروض ، وألغى عنها على عاتق
حارس البناء دون مالكه على خلاف ما اختار التقنين الفرنسي . فتظل مسؤولية الحارس قائمة
ما لم يثبت أن تداعي البناء لا يرجع إلى إهمال في صيانتها أو قدم أو عيب في إنشائها . أما التقنين
الفرنسي فيلزم المشروور على التقبض من ذلك بإقامة الدليل على إهمال الصيانة أو القدم أو العيب
في إنشاء البناء ، فإذا تم له تحصيل هذا الدليل أصبح مفروضاً أن تداعي البناء يرجع إلى أحد
هذه الأسباب . ويكون إذن ناشئاً عن خطأ المالك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٣١) .

وبين لأول وهلة من هذا النص أنه يختلف عن النص الوارد في القانون الفرنسي في أمور ثلاثة :

(١) في أنه يجعل المسؤولية على حارس البناء لا على مالكه . وهذا هو الذي تنمى مع قواعد المسؤولية .

(٢) وفي أنه يشدد من المسؤولية أكثر مما يفعل القانون الفرنسي . إذ لا يتطلب النص المصرى أن يثبت الضرر إجمالا في الصيانة أو قدماً في البناء أو عيباً فيه . بل حارس البناء هو الذى يثبت الإهمال في الصيانة وألا قدم في البناء وألا عيب فيه .

(٣) في أنه يجيز اتخاذ احتياطات وقائية إذا كان البناء يهدد بالسقوط . فلا ينتظر من كان مهدداً بضرر من جراء تهدم البناء أن يتهدم فيطالب بالتعويض . بل يستطيع أن يطالب باتخاذ التدابير الضرورية للدرء الخطر قبل وقوعه .

ولا شك في أن القانون الجديد شدد كثيراً في المسؤولية عن تهدم البناء . وأتى لمساعدة من تصيبهم أضرار من ذلك . فلم يتركهم إلى القواعد العامة التي توجب عليهم إثبات الخطأ في جانب المسئول .

وتسرى هذه القواعد الجديدة منذ ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ . أى منذ نفاذ القانون الجديد . والعبرة في ذلك بتاريخ وقوع الضرر الذى ينجم عن تهدم البناء . فإذا وقع هذا الضرر في تاريخ سابق على هذا التاريخ فالقانون القديم هو الذى ينطبق . وإلا فالقانون الجديد .

ونفصل الآن قواعد هذه المسؤولية . فتكلم في أمرين : (١) متى تتحقق المسؤولية عن تهدم البناء (٢) وعلى أى أساس تقوم هذه المسؤولية .

المطلب الأول

متى تتحقق المسؤولية عن تهدم البناء

٧١١- شرطان لتحقيق المسؤولية : تتحقق هذه المسؤولية إذا تهدم البناء

تهدماً كلياً أو جزئياً وأُخِثَ تهدمه ضرراً بالغير . فعندئذ يكون حارس البناء مسئولاً عنه .

فتحقق المسؤولية يستلزم إذن توافر شرطين: (١) حراسة البناء (٢) تدهم البناء هو الذى أحدث الضرر .

١٨ - حراسة البناء

٧١٢- **تحليل هذا الشرط :** لا تتحقق المسؤولية إلا إذا تولى شخص

حراسة بناء . فبين ما معنى الحراسة وما المقصود من لفظ «البناء» .

٧١٣- **الحراسة :** تتحدد الحراسة هنا على النحو الذى حددناها به فى

حراسة الحيوان . فحارس البناء إذن هو من له السيطرة الفعلية على البناء .
فيكون مكلفاً بحفظه وتعمده بالصيانة والاستيثاق بأنه ليس قد يماولا معيماً بحيث يهدد الناس بالخطر . ويكون هو المتصرف فى أمره ، سواء ثبتت هذه السيطرة الفعلية بحق أو بغير حق ، أى سواء كانت السيطرة شرعية أو غير شرعية ما دامت سيطرة فعلية قائمة . فحارس البناء لا يكون ضرورة هو المالك . ولا المتفع ، ولا الحائر .

ولكن المفروض أن مالك البناء هو الذى يسيطر عليه سيطرة فعلية وهو المتصرف فى شؤونه . ومن ثم توجد قرينة على أن حارس البناء هو المالك . والبائع قبل التسليم . حتى بعد تسجيل عقد البيع ، يستبقى السيطرة الفعلية على البناء ، فيبقى هو الحارس . ولا تنتقل الحراسة إلى المشتري إلا بالتسليم (١) . والمقاول الذى قام بتشديد البناء يعتبر حارساً له حتى يسلمه للمالك (٢) . والمالك

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لامتولية على المالك لئزل لو سقط بعض بنائه على إنسان فقتله إذا تبين أن المالك المذكور اشترى هذا اللزل ، ولكنه لم يكن قد وضع يده عليه بسبب نزاع وقع بينه وبين آخرين (استئناف وطنى فى ١٧ فبراير سنة ١٩١٥ المصرائع ٢ رقم ٢٠٠ من ١٨٤) — وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بمشولية المشتري بمقد غير مجل مادام حائراً (استئناف مختلط فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٥٨ من ١١٢) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجب على المقاول اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع الضرر عن الجيران (استئناف مختلط فى ١٤ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٤١ من ٢٤٢ — وفى ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٤٢ من ٨٣ — وفى ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ من ٤٠٤) — على أن الجار الذى يكون منزله قديماً غير متين لا يجوز له أن يزيد فى أعباء المالك أو المقاول ، وعليه أن يساهم فى نفقات تقوية بنائه (استئناف مختلط فى ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ من ٤٠٢ — وفى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ من ٩ — وفى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ من ٣٦ — وفى ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ من ٨٣) .

المعلق ملكه على شرط فاسخ أو على شرط واقف يعتبر أنه هو الحارس إذا تسلم البناء وكانت له عليه السيطرة الفعلية .

وقد تنتقل الحراسة من المالك إلى غيره كالمستفيع (usufruitier) والمستحكر والمرتهن رهن حيازة والحائز للبناء بنية تملكه سواء حاز بحسن نية أو بسوء نية . أما المستأجر والمستعير فلا يعتبران في الغالب من الأحوال حارسين لأن السيطرة الفعلية على البناء - خلافاً للحيوان والمنقول - تبقى عادة عند المالك (١) . سكن إذا أقام المستأجر بناء في العين المستأجرة اعتبر حارساً له إلى أن تنتقل ملكية هذا البناء إلى المالك وفقاً للاتفاق أو لقواعد الالتصاق (٢) .

وقد يكون الحارس شخصاً معنوياً كجمعية أو شركة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة .

وقد يجعل القانون للحارس حق الرجوع على شخص آخر مسئول نحوه

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن تملك مالك البناء بأن العين المملوكة له مؤجرة للغير وبذا تنفك حيازتها القانونية لهذا الغير ، وبأنه اشترط عليه أن يقوم هو بالتصليحات اللازمة ، وإذ أن فإن المسئولية عن الضرر الذي وقع تنتقل إلى المستأجر ، فذلك لا يجدي في دفع المسئولية عنه ، ولكنه لا يمنعه من الرجوع على المستأجر منه إذا رأى أنه مسئول أمامه (هض مدنى فى ١٧ يونية سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٤ ص ١٧٥) .

(٢) ومن أحكام القضاء المصرى فيما هو المسئول عن تهم البناء فى مثل القانون القديم : إذا كان المالك قاصراً فلا تكون عنده الحراسة ، بل المسئول هو الوصى (استئناف مختلط فى ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٨) — والحائز سواء كان حسن النية أو سيئها يكون هو المسئول لا المالك (استئناف مختلط فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٥٨ ص ١١٢) — والبناء فى أثناء تشييده أو ترميمه تكون المسئولية فيه على المفاوض دون المالك (استئناف مختلط فى ١٠ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٠٦ — وفى ٥ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٢٢) . فإذا تمت الأعمال وسلم البناء للمالك ومضت مدة كافية على ذلك ، رجعت إليه المسئولية ، على أن يرجع على المفاوض إذا كان هناك وجه لذلك (استئناف مختلط فى ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٩٦ — وفى ١٠ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٣٢) — مفاوض أعمال البناء مسئول عن تسرب المياه تحت الأرض (استئناف مختلط فى ٣ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٢) — إذا كان أحد شركاء البناء هو الشرف على عملية البناء ، فهو وحده المسئول دون سائر شركائه ودون المفاوض الذى كان منصرفاً على توريد الأنفاق (استئناف وطنى فى ٣ يناير سنة ١٩٢٨ المأماة ٨ رقم ٤٦٥ ص ٧٦٤) — وفى المسئولية عن المصعد (استئناف مختلط فى ١٤ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩٧ — وفى ٨ يونية سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٦٢ — وفى ٢٣ يونية سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٧٠) .

كمهندس البناء والمنازل وهما مسئولان عما يحدث في خلال عشر سنوات من ضرر عن تهمد البناء (م ٦٥١ من القانون الجديد) ، وكالمستأجر وهو مسئول عن صيانة العين المؤجرة ، وكالبائع وهو ضامن للعيب الخفى .

٧١٤- البناء : والبناء هو مجموعة من المواد مهما كان نوعها—خشباً أو جيراً أو جبساً أو حديداً أو كل هذا معاً أو شيئاً غير هذا —شيدتها يد إنسان لتتصل بالأرض اتصال قرار . ويستوى أن يكون البناء معداً لسكنى إنسان أو لإيواء حيوان أو لإيداع أشياء . فالبيوت والزرابى والمخازن تعتبر بناء . بل قد لا يكون البناء معداً لشيء من ذلك : فالحائط المقام بين حدين بناء ، والعمد التذكارية وما إليها من تماثيل مبنية على سطح الأرض بناء ، وكذلك القناطر والخزانات والسدود والجسور (الكبارى) وكل ما أشيد في باطن الأرض بناء ، كالأنفاق والمصارف والمجارى وأنابيب المياه والغاز . ويعتبر كل هذا بناء ولو لم يتم تشييده : فإذا أحدث تدمه ولما يزل في دور التشيد ضرراً كان الحارس -- وهو الما قول عادة -- مسئولاً عنه .

ولا يعتبر بناء العقار بالتخصيص كالمصاعد . وكذلك الأرض لا تعتبر بناء . فإذا تطايرت منها شظايا أضرت بالغير ، فلا يعتبر هذا الضرر قد أحدثه تهمد البناء .

§ ٢ - تهمد البناء هو الذى أحدث الضرر

٧١٥- تحليل هذا الشرط : يجب أن يكون الضرر الذى أصاب المضرور ناجماً من تهمد البناء . فننظر فيما يعتبر تهمداً وما لا يعتبر كذلك .

٧١٦- ما يعتبر تهمداً : تهمد البناء هو تفككه وانفصاله عن الأرض التى يتصل بها اتصال قرار . ويستوى أن يكون التهمد كلياً أو جزئياً ، كما إذا وقع سقف أو تهمد حائط أو انهارت شرفة أو سقط سلم . ويستوى كذلك أن يكون البناء قديماً أو جديداً ، معيباً أو غير معيب ، فلو تخرب مبنى بسبب قدمه أو بسبب حادث كأن يرمى بالقنابل في غارة جوية : فإن تهمده بعد ذلك تهمداً كلياً أو جزئياً إذا أحدث ضرراً يرتب مسئولية في ذمة حارس البناء بمقتضى خطأ مفروض .

٧١٧- مالا يعتبر تهرماً : ولا يكتفى أن يكون الضرر آتياً من البناء .

ما دام هذا البناء لم يهدم كله أو بعضه . فلو أن شخصاً زلقت رجله وهو يمشى في غرفة دهنت « أرضيتها » دهاناً جعلها زلجة فأصيب بضرر . فإن هذا الضرر لا يعتبر ناجماً عن تهمد البناء . وعليه أن يثبت خطأ في جانب المسئول . ولو أن جسماً صلباً سقط من نافذة في مبنى فوق على شخص أصيب من جراء ذلك بأذى ، فإن هذا الضرر لا يعتبر ناجماً من تهمد البناء ما دام سقوط الجسم الصلب لم يكن نتيجة لتهمد النافذة (١) .

ويجب أن ينجم الضرر عن تهمد البناء تهمداً فعلياً ، لا عن مجرد أن يكون البناء مهدداً بالسقوط أو التهدم . وقد كان القانون الروماني في هذه الحالة يجعل الحق للشخص المهدد أن يستولى على البناء وأن يصلح ما به من الخلل . واتبع القانون الفرنسي القديم هذه القاعدة . دون أن يجعل للشخص المهدد حق الاستيلاء على البناء . أما القانون الفرنسي الجديد فلم ينص على هذا التدبير الوقائي . وسار القانون المدني المصري القديم على نهج القانون الفرنسي في عدم النص على ذلك . ولكن القانون المدني الجديد أجاز في هذه الحالة اتخاذ تدابير واقية ، وقد رأيناها بنص في الفقرة الثانية من المادة ١٧٧ على ما يأتي : « ويجوز لمن كان مهدداً بضرر بصيحه من البناء أن يطالب المالك

(١) وقد كان المشروع التمهدي يشتمل على نص (م ٢٤٦ من هذا المشروع) يقضى بما يأتي : « كل من يقيم في مسكن يكون مثولاً عما يحدث من ضرر بسبب ما يليق أو يسقط من هذا المسكن ، ما لم يثبت أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا بد له فيه » . وقد أقرت لجنة المراجعة هذا النص . ووافق عليه مجلس النواب . ولم توافق عليه أغلبية لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، لأنها آثرت أن تظل المسؤولية في نطاق ما يقضى به النص خاضعة للقواعد العامة . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهدي في صدد هذا النص ما يأتي : « عمد المشروع إلى تعزيز أحكام المسؤولية عن البناء بإيراد عدة تتعلق بالمسؤولية عما يليق أو يسقط من المسكن ، وبراعى أن الضرر في هذه الحالة لا يحدث بسبب البناء نفسه أو بسبب جزء منه أو بسبب ما يتبعه من الملحقات ، بل بسبب ما يليق أو يسقط منه متى كان مخصصاً للسكنى ، فيقتصر خطأ ساكن البناء في هذه الصورة ، ويلزم بالتعويض ، إلا أن يقيم الدليل على أن الحادث وقع من جراء سبب أجنبي . وتختلف هذه المسؤولية عن المسؤولية العامة عن البناء من وجوه ثلاثة : (أ) فهي لا تنبئ بناءً على ضرر ينجم عن البناء أو أجزائه أو ملحقاته (ب) وهي لا تقع على عاتق الساكن (ج) وهي لا ترتفع إلا بإقامة الدليل على السبب الأجنبي » . (مجموعة الأعمال التجارية ٢ ص ٤٢٩ في هامش) .

باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر . فإن لم يقم المالك بذلك . جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديد في هذا الصدد ما يأتي : « وقد احتذى المشروع مثال بعض التقنيات الأجنبية . فقرر بين أحكام المسؤولية عن البناء قاعدة خاصة بشأن ما يتخذ من التدابير الوقائية التي لا تنطوي على معنى التعويض . ويكون لإعمال هذه القاعدة أن يتحقق معنى التهديد بوقوع الضرر من جراء البناء دون أن يقع فعلا . فلن يتهدده هذا الضرر أن يكلف المالك ، دون الحارس . باتخاذ ما يلزم من التدابير لدرء الخطر . فإذا لم يستجب مالك البناء لهذا التكليف . جاز للمحكمة أن تأذن لمن يتهدده الضرر باتخاذ هذه التدابير على حساب المالك (١) » .

والحريق غير التهدم . فإذا احترق بناء وامتدت الحريق إلى مبان مجاورة ، فأصبحت بضرر . لم يكن هذا الضرر ناجما عن تهدم البناء . حتى لو كان البناء المحترق أنهدم عقب الحريق مباشرة نتيجة لهذا الحريق فأصاب الغير بالضرر (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٣١ (وأفطر في هذا المعنى المادتين ٩٨/٩٠ من التقنين التونسي والمراكشي ، والمادة ٥٩ من تقنين الالتزامات السويسري ، والمادة ١٥١ مفرقة ٢ من التقنين البولوني . وأفطر عكس ذلك المادة ١١٦٦ من التقنين الأرجنتيني) .
(٢) أما إذا تهدم البناء بعد الحريق بمدة كافية ، ولو كان الانهدام نتيجة الحريق ، كان الضرر الذي يحدث ناجما عن تهدم البناء . وهذا وقد صدر قانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ في فرنسا ، أضاف مفرقة جديدة إلى المادة ١٣٨٤ من القانون المدني الفرنسي ، وقضى بأن الحائر للعقار أو المتقول ، إذا شب فيه حريق ، لا يكون مسؤولا عن الضرر الذي يلحق الغير إلا إذا ثبت حصول الحريق بغطأ الحائر — أما في العلاقة فيما بين المؤجر والمستأجر ، إذا احترق العين المؤجرة . فقد نصت المادة ٥٨٤ من القانون المدني الجديد على أن المستأجر مسؤول عن حريق لعين المؤجرة إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا يد له فيه ، فإذا تعدد المستأجرون لعقار واحد ، كان كل منهم مسؤولا عن حريق بنسبة الجزء الذي يشغله ، ويتناول ذلك المؤجر إن كان مقيما في العقار ، هذا ما لم يثبت أن النار ابتدأ شوبها في الجزء الذي يشغله أحد المستأجرين فيكون وحده مسؤولا عن الحريق .

هذا والمسئولية عن تهدم البناء غير المسئولية عن الأشياء التي تتطلب حراستها رعاية خاصة ، ولو كان هذا البناء يتطلب حراسته هذه العناية الخاصة ، كمنصع لعمال الفرقعات . وإذا تهدم هذا المنصع ، فأصاب الغير ضرر ، كان النص الواجب التطبيق هو المادة ١٧٧ لأن المادة ١٧٨ ، فبعد حارس المنصع أن يخلص من المسئولية لا يثبت السبب الأجنبي الخاص . كما هو الأمر في =

المطلب الثاني

الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية عن تهميد البناء

٧١٨- مآلاته : متى تحققت مسؤولية حارس البناء على الوجه الذي

نقدم ذكره . قامت هذه المسؤولية على خطأ مفترض في جانب الحارس كما بينا . فنفصل الآن ما هو هذا الخطأ . وإلى أي حد هو مفترض .

١٨ - ما هو الخطأ

٧١٩- ما الذي يثبت المضرور : تقدم أن حارس البناء مسئول عن تهميده

ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه .

فالمضرور هو الذي يكلف أولاً بإثبات أمرين :

(١) أن الضرر الذي أصابه نجم عن تهميد البناء تهميداً كلياً أو جزئياً . وقد

بيننا متى ينجم الضرر عن تهميد البناء .

(٢) أن المدعى عليه هو حارس البناء الذي تهمد . وقد بينا كيف يتحدد

حارس البناء .

٧٢٠- ما الذي يثبت مارس البناء : فإذا ما أثبت المضرور ذلك ، كان

على حارس البناء . حتى يدفع مسؤوليته عن طريق نفي الخطأ ، أن يثبت أن

تهدم البناء لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه (١) .

= المادة ١٧٨ ، بل أيضاً بإثبات أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه . أما إذا وقع الضرر من المفرقات ذاتها لآمن تهدم المصنع ، وجب تطبيق المادة ١٧٨ ، ويكون حارس المفرقات مسؤولاً ولا يتخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي .

(١) أما في القانون المدني الفرنسي ، فقد قدمنا أن المضرور هو الذي يجب عليه أن يثبت

في جانب مالك البناء إهمالاً في الصيانة أو عيباً في البناء . وإهمالاً في الصيانة أو العيب في البناء غير مفترض في القانون الفرنسي ، بل يجب على المضرور إثباته . وهو في القانون المصري الجديد مفترض افتراضاً قبل إثبات العكس . وحارس البناء هو الذي يثبت أن تهدم البناء لا يرجع سببه إلى ذلك كما رأيت

فإذا لم يستطع إثبات ذلك افترض التناون أمرين :
(أولاً) أن التهدم سببه إما إهمال في صيانة البناء أو قدم هذا البناء أو وجود عيب فيه .
(ثانياً) أن هذا الإهمال أو القدم أو العيب منسوب إلى خطأ حارس البناء ، فهو الذى قصر بأن لم يعن عناية كافية بصيانة البناء أو بتجديده أو بإصلاحه ، فترتب على هذا التقصير أن تهدم البناء .
ومن ثم نرى أن مسئولية حارس البناء تقوم على خطأ مفترض في جانبه ، هو الإهمال في صيانة البناء أو في تجديده أو في إصلاحه ، حتى تدعى البناء وتهدم فأصاب الغير بالضرر .

§ ٢ - إلى أى حد هو مفترض

٧٢١ - الخطأ المفترض ذو شقين ، أحدهما قابل لإثبات العكس

والآخر غير قابل لذلك : هذا الخطأ المفترض في جانب حارس البناء هو كما رأينا خطأ ذو شقين ، الشق الأول منه يقوم على أن التهدم سببه إهمال في صيانة البناء أو تجديده أو إصلاحه ، والشق الثانى يقوم على أن هذا الإهمال منسوب إلى خطأ الحارس .

والشق الأول من هذا الخطأ المفترض يقبل لإثبات العكس ، أما الشق الآخر فلا يقبل .

وتفصيل ذلك أن حارس البناء يستطيع أن يبنى الشق الأول ، بأن يثبت أن التهدم ليس سببه إهمالاً في صيانة البناء أو في تجديده أو في إصلاحه . وهو يستطيع ذلك بإحدى وسيلتين : إما بإثبات أن البناء لم يكن في حاجة إلى صيانة أو إلى تجديد أو إلى إصلاح ، بل كان الحارس قائماً كما ينبغي بصيانه وتجديده وإصلاحه ، وإما بإثبات أن التهدم كان نتيجة لسبب غير الحاجة إلى الصيانة أو التجديد أو الإصلاح ، كحريق شب في البناء أو متفجرات دمرته أو قنابل ألقيت عليه أو نحو ذلك . فإذا قام بهذا الإثبات ، دفع عن نفسه الخطأ المفترض ، ووجب تطبيق القواعد العامة ، وتعين على الضرور

أن يثبت خطأ في جانبه (١).

أما إذا لم يستطع أن يبنى الشق الأول . بنى هذا الشق مفترضاً في جانبه . وكذلك يبنى الشق الثانى مفترضاً لأن افتراضه لا يقبل إثبات العكس ، ويعتبر الإهمال في الصيانة أو التجديد أو الإصلاح منسوباً إلى خطئه . ولا يستطيع الحارس في هذه الحالة أن يدفع عنه المسؤولية إلا ببنى علاقة السببية ما بين تهم البناء والضرر الذى وقع . بأن يثبت مثلاً أن زلزالاً كان هو السبب في التهم وهذه هي القوة القاهرة . أو أن عدواً مغيراً هو الذى خرب البناء وهذا هو خطأ الغير ، أو أن المضرور نفسه هو الذى منع حارس البناء من القيام بأعمال الصيانة أو التجديد أو الإصلاح وهذا هو خطأ المضرور .

ولما كان عديم التمييز لا يتصور الخطأ في جانبه ، وكانت مسؤولية حارس البناء قائمة على خطأ مفترض ، فحارس البناء لا يجوز أن يكون عديم التمييز .

٧٢٢- الخطأ المفترض لا يقوم عند قيام عمرفة عقدية : والخطأ المفترض

بشقيه لا يقوم حيث توجد علاقة عقدية ما بين حارس البناء والمضرور . فإذا كان المضرور هو مستأجر البناء مثلاً وتهدم البناء فأصابه بالضرر ، رجع المستأجر على المؤجر بمقتضى مسؤولية عقدية مصدرها عقد الإيجار ، ولا محل للمسئولية التقصيرية (٢). وإذا كان المضرور نزيراً في فندق ، فصاحب الفندق مسئول قبله بمقتضى العقد لا بمقتضى مسؤولية تقصيرية . وقد قدمنا أن المسؤولية

(١) لكن إذا ثبت أن التهم وقع في أثناء القيام بهدم البناء أو بإصلاحه ، فإن كان التهم راجعاً إلى إهمال في الصيانة أو إلى قدم في البناء أو إلى عيب فيه ، تحققت المسؤولية بمقتضى الخطأ المفترض . أما إذا كان التهم لم يقع إلا نتيجة للهدم أو للإصلاح ، وجب تطبيق القواعد العامة وإثبات الخطأ في جانب المسئول .

وقد قدمنا أن البناء إذا شئت حريق فيه أو خرده متفجرات أو قتال ، وبقي محرقاً ، ثم تهدم بعد ذلك ، قامت المسؤولية على الخطأ المفترض . أما إذا تهدم البناء فوراً بسبب الحريق أو بفعل المتفجرات أو القتال ، لم تقع المسؤولية على خطأ مفترض ، بل طبقت القواعد العامة ، ووجب إثبات الخطأ في جانب المسئول .

(٢) أنظر عكس ذلك الأستاذ مصطفى مرعى بك في المسؤولية المدنية فقرة ٢٧٨ - فقرة ٢٨٢ ، وما أورده من أحكام القضاء المصرى . وأنظر عكس ذلك أيضاً : استئناف مغلط في ٢٠ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٤٥ - وفي ٢٤ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٧٢ - وفي ٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٨٥ - وفي ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ .

العقدية تنفي المسؤولية التقصيرية .
أما إذا كان المضرور خادماً لحارس البناء أو تابعاً له . فإن العقد في هذه الحالة لا يلزم المتبوع بأن يكفل سلامة التابع . فيكون الحارس مسئولاً قبل التابع بنقض المسؤولية التقصيرية . ويقوم الخطأ المفترض على الوجه الذى يبيناه .

المبحث الثالث

مسئولية حارس الأشياء (*)

٧٢٣- النصوص القانونية وتطور المسؤولية عن الأشياء : لم يشتمل القانون المدنى القديم على نص خاص لتحديد مسؤولية حارس الأشياء . فكانت هذه المسؤولية تترك للقواعد العامة .

(*) نص المراجع : سالى فى حوادث العمل والمسئولية المدنية (سنة ١٨٩٧) - جوران فى المسئولية عن فعل الشيء (سنة ١٨٩٧) والوجيز ٢ فقرة ٥٢٩ - فقرة ٥٥٥ - بلانيول دراسات فى المسئولية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٦ ص ٨٠) - مازو ٢ فقرة ١١٣٨ - فقرة ١٣٦٨ - جوديه فى تطور جديد فى نظرية المسئولية المدنية (المجلة القضائية ١٩٢٧ ص ٨٩٣) - بلانيول وريبير وإسان ١ فقرة ٦١٢ - فقرة ٦٢٥ - كولان وكابيتان ولامورانديير ٢ فقرة ٣٦٦ - فقرة ٣٧٩ - بلانيول وريبير وبولانجيح ٢ فقرة ١٠٤٢ - فقرة ١٠٨٣ - الراسائل : بيزيه (Pisier) باريس ١٨٩٩ - بونيه (Bonnet) پوانتييه ١٩٠٨ - فيتزى (Vitry) ليل ١٩٢٢ - توزان (Tauzin) باريس ١٩٢٥ - بيسون (Besson) ديجون ١٩٢٧ - ديلاكرواه (Delacroix) تولوز ١٩٢٨ - ليسيو (Luceo) رن ١٩٢٨ - كورنى (Cornu) مونيليه ١٩٢٩ - كاهيرن (Caherne) رن ١٩٢٩ - لارتيج (Lartige) تولوز ١٩٣١ - الدكتور برسوم القاهرة ١٩٣١ - حروبى (Gerbouille) باريس ١٩٣٢ - ليمان (Libmann) استراسبورج ١٩٣٣ - بيشيه (Bichet) ديجون ١٩٣٣ - دافيد (David) ليل ١٩٣٤ - فورز (Forse) مونيليه ١٩٣٦ - لاردنواه (Lardonnois) نانسى ١٩٣٦ - بينيكس (Beineix) باريس ١٩٣٧ - فيزيل (Fiezel) باريس ١٩٣٧ - سن (Sen) باريس ١٩٣٩ - لانديل (Landello) رن ١٩٤٠ - ليفير (Lefebvre) باريس ١٩٤١ - جولدمان (Goldmann) ليون ١٩٤٧ - الموجر للوئلف فقرة ٣٦٣ - فقرة ٢٧٢ - الأستاذ مصطفى مرعى بك فى المسئولية المدنية فقرة ٣٠٩ - فقرة ٣١٧ - الدكتور حشمت أوسنين بك فقرة ٥٢٠ - فقرة ٥٢٦ - الدكتور سليمان مرقص فى الفعل الضار فقرة ١١٣ - فقرة ١٢١ .

وقد تطورت المسؤولية عن الأشياء غير الحية (*choses inanimées*) تطوراً سريعاً منذ بداية القرن العشرين . فقد كانت بادىء الأمر قائمة على أساس وجوب إثبات خطأ في جانب المسئول . ولم يفكر واضعو القانون المدني الفرنسى في تخصيص قاعدة لهذا النوع من المسؤولية . بل إن المشرع الفرنسى عند ما قرر المسؤولية عن الأشياء في الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ ، فنص على أن الشخص مسئول ... عن الأشياء التي تكون في حراسته ، لم يكن يقصد إلا الحالتين اللتين نص عليهما بعد ذلك . وهما المسؤولية عن الحيوان والمسئولية عن البناء ، بعد أن مهد لهما بهذه العبارة العامة . أما سائر الأشياء غير الحيوان والبناء ، فما لا ريب فيه أن المشرع الفرنسى لم يرد أن يستثنيها من القاعدة العامة المقررة لمسئولية الإنسان عن فعله . وهى القاعدة التي قررهما في المادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ ، فكل ضرر يصيب الغير من شيء يسأل عنه صاحب هذا الشيء إذا أثبت المضرور خطأ في جانبه ، ولا فرق بين أن يصيب الإنسان غيره بالضرر بفعله المباشر أو بواسطة شيء في يده . وقد سار الفقه والقضاء في فرنسا على هذا الرأي وقتاً طويلاً حتى أواخر القرن التاسع عشر .

ولكن النظم الاقتصادية لم تبقى على حالها . بل أحدثت المخترعات الحديثة تطوراً عظيماً ، فقامت الصناعات الكبيرة ووسائل النقل السريعة ، وسخر الإنسان القوى الطبيعية لخدمته ورفاهته ، ولم يبال أن تكون قوى عمياء لا يسيطر عليها كل السيطرة ، فهى إذا ما أفلتت من يده - وكثيراً ما تفلت - لا يلبث أن يكون ضحيتها . وكان لذلك أكبر الأثر في تطور المسؤولية عن الأشياء . فإن من يستخدم هذه المخترعات ، فيعرض الأرواح للخطر ، والأموال للتلف . من الحق أن يكون خاضعاً في المسؤولية عن الضرر الذي تحدثه هذه الأشياء لقاعدة أشد من القاعدة التي يخضع لها في مسئوليته عن فعله الشخصى . وإذا بقينا نشترط إثبات خطأ في جانب صاحب الشيء . فإنه يتعذر على المضرور في أكثر الأحوال إثبات هذا الخطأ . لذلك تلمس الفقه والقضاء في فرنسا طريقاً يجعلان به عبء الإثبات على صاحب الشيء لاعلى المضرور . فيتمشى القانون بذلك مع التطور الاقتصادى والحاجات الاجتماعية ، فأخذوا يتوسعان في تفسير الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ من القانون المدني

الفرنسي (١) . فجعلها تقرر المسؤولية عن الأشياء على أساس خطأ مفترض في جانب من يوجد الشيء في حراسته (٢) .

(١) قبل أن يتوسع الفقه والقضاء في فرنسا في تفسير الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ توسلاً بطريقتين أخريين : (١) الطريق الأول هو تطبيق المسؤولية المقدية على حوادث العمل وحوادث النقل ، وهذه هي أكثر الحوادث شيوعاً . أما عن حوادث العمل ، فقد كانت المحاكم الفرنسية تقضى ، قبل صدور تشريع سنة ١٨٩٨ ، بأن العامل المصاب يجب أن يثبت خطأ في جانب رب العمل حتى ينال تعويضاً . ولما كان الإثبات في أكثر الأحوال متعذراً ، فقد كان العامل هو الذى يتحمل الحسارة وحده ، وقلمّا كان ينجح في دعوى التعويض التى يرفعها على صاحب المصنع . فقام ققيهان ، أحدهما في فرنسا (Sauzet) والآخر في بلجيكا (Saintelette) ، يذهبان إلى أن مسؤولية رب العمل نحو العامل مسؤولية عقدية ، لأنه الرّم يعقضى عقد العمل أن يحافظ على سلامة العامل من مخاطر العمل ، فإذا أصيب العامل الرّم رب العمل أن يعرضه عن الضرر الذى أصابه ، إلا إذا أثبت أن الإصابة لا ترجع إلى خطأ في جانبه ، وبذلك يتحمل رب العمل لا العامل عبء الإثبات . وقد صادقت هذه النظرية نجاحاً في الفقه ، فتبعها بعض الفقهاء ، إلا أن القضاء لم يأخذ بها . ثم صدر بعد ذلك تشريع سنة ١٨٩٨ فعدمت المسألة أهميتها العملية . أما عن عقد النقل ، فقد ذهب كثير من الفقهاء إلى أن المادة ١٧٨٤ من القانون المدنى الفرنسى ، التى تجعل أمين النقل مسئولاً عن تلف البضائع ما لم يثبت أن تلفها كان قضاء وقدراً أو بقوة قاهرة ، يمكن تطبيقها على قتل الأشخاص ، فإذا أصيب شخص بضرر في أثناء النقل كان أمين النقل مسئولاً ، ويقع عبء الإثبات عليه إذا أراد الخلاص من المسؤولية ، ذلك أنه الرّم بالعقد أن يحافظ على سلامة المتعاقد معه . ولكن القضاء الفرنسى لم يأخذ في أول الأمر بهذا المذهب ، وإن كان قد أصبح يعيل إليه في أكثر أحكامه . (ب) والطريق الثانى هو التوسع في تفسير المادة ١٣٨٦ ، فقد أخذ القضاء الفرنسى في أواخر القرن التاسع عشر يتوسع في تفسير كلمة « البناء » ، فأدخل فيه الشجر والآلات بل والمقولات الأخرى ، وأصبح صاحب الشيء — عقاراً كان أو منقولاً — بعد هذا التفسير مسئولاً عنه بمجرد أن يثبت المصاب عيباً في الشيء أو قصراً في تعهده ، قياساً على البناء . ولا خلاص من المسؤولية إلا إذا ثبت أن الحادث قد وقع قضاء وقدراً أو بقوة قاهرة أو بفعل الغير أو بخطأ المصاب ، فصار عبء الإثبات على صاحب الشيء . غير أن هذا التفسير يتناقض تناقضاً صريحاً مع نص المادة ١٣٨٦ ، فهى تذكر « البناء » و« التهدم » ، والفرق كبير بين هذا وبين ما فسر به النص مما تقدم ذكره . لذلك لم يثبت القضاء الفرنسى طويلاً على هذا التفسير ، وعُدل عنه إلى متابعة الفقهاء الذين وجدوا في الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ نكته يستندون إليها في تقرير المسؤولية عن الأشياء .

(٢) وقد حاول بعض الفقهاء في فرنسا أن يصوغ من نص الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ نظرية عامة يجعل فيها صاحب الشيء تبعته (théorie des risques) دون أن تستند المسؤولية ذلك إلى أى خطأ ، ولو كان هذا الخطأ مفترضاً . وفي مقدمة هؤلاء الفقهاء سالى (Saleilles) وجوسران (Joseerand) ، ولكن القضاء لم يمتش إلى هذا الحد ، بل استمر يرى أساس المسؤولية عن الأشياء خطأ في جانب الحارس .

على أن هذا الأساس الجديد الذى بنيت عليه المسؤولية عن الأشياء - وهو الخطأ المفترض فى جانب الحارس - بقى فى تطور مستمر منذ مستهل القرن العشرين إلى اليوم . فقد كان افتراض الخطأ بادئ الأمر قابلاً لإثبات العكس ، ثم أصبح غير قابل لذلك . وكان الخطأ المفترض مقصوراً على الأشياء المنقولة ، ثم جاوزها إلى العقار . وكان يستثنى من دائرة الخطأ المفترض الأشياء التى يحركها عمل الإنسان كالسيارات ونحوها . ثم عممت القاعدة فشملت جميع الأشياء . وكان هناك تفريق بين الشيء الخطر ، يكون الخطأ فيه مفترضاً ، والشيء غير الخطر ، يطالب فيه إثبات الخطأ ، ثم زالت هذه التفرقة . وهكذا أصبحت دائرة الخطأ المفترض تنسج لأى شيء ، منقولاً كان أو عقاراً ، متحركاً بقوته الذاتية أو محركاً بيد الإنسان ، خطراً أو غير خطر . ولم يستبق القضاء الفرنسى إلا معنى «الحراسة» (garde) . فهو يبنى المسؤولية عن الشيء على «خطأ فى حراسته» (faute dans la garde) . وهذا الخطأ مفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس . ولا يعرف بين النظريات القانونية نظرية تطورت بالسرعة والخطورة التى تطورت بهما نظرية المسؤولية عن الأشياء ، فقد انقلبت فى بضع عشرات من السنين إلى النقيض مما قصده المشرع . ولا شك فى أن المحاكم الفرنسية كان قضاؤها قضاء اجتهاد لا قضاء تفسير ، وهى قد تمشت فى ذلك لا مع النصوص القانونية كما قصد إليه المشرع وقت وضع التشريع ، بل مع ما جد من الحاجات الاقتصادية . وأيد الفقه القضاء فى ذلك ، وتضافر كلاهما على وضع أسس لنظرية جديدة تكون أكثر انطباقاً على مقتضيات المدنية بعد تطور الصناعة وتقدم المخترعات .

أما فى مصر فكانت الحالة فى القانون المدنى القديم تختلف عنها فى فرنسا من حيث النصوص القانونية . فالقانون القديم لم يتضمن نصاً يقابل الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ . وقد رأينا أن القضاء الفرنسى قد استند إلى هذا النص فى تأسيس نظريته الجديدة فى المسؤولية عن الأشياء . وقد تضمن القضاء المصرى أحكاماً تذهب إلى جعل المسؤولية عن الشيء مبنية على خطأ مفترض فى جانب الحارس (١) . وبنت أحكام أخرى هذا المبدأ على أساس المسؤولية

العقدية (١) . وقاس بعض الأحكام المسئولية عن الشيء على المسئولية عن الحيوان (٢) . بل هناك من الأحكام المصرية ما ذهب إلى أبعد من هذا . فقال بنظرية تحمل التبعة دون أن يستند في ذلك إلى نص معين (٣) . ولكن القضاء المصرى في مجموعه كان لا يزال يرى أن المسئولية عن الشيء لا تتحقق إلا إذا ثبت خطأ في جانب الحارس (٤) . ولم يكن في الواقع من الأمر مستطيعاً

= ٥٩ — وفي ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ م ١٥٤ — وفي ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢١٨ م ٤٣٥ — وفي ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٤ م ٧٦٠ — محكمة الاستئناف المختلطة في ٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ م ١٦٠ — وفي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ م ٥٩ — وفي ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ م ٣٧ — وفي ٢٩ يناير سنة ١٩٤١ م ٥٣ م ٧٥ .

(١) استئناف مختلط في ١٤ يونية سنة ١٨٩٩ م ١١ م ٢٨٠ — وفي ٣ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ م ٣٣٥ — محكمة البنان الجزئية الوصية في ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ١/٩٣ .

(٢) محكمة استئناف أسبوط في ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٤٦ م ٢٤٤ . (٣) محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢٦ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٦٧ م ٥٦٠ — محكمة الزقازيق الكلية في ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٨٨ م ١٦٩ (وقد خلط هذا الحكم بين الخطأ المفترض ومذهب تحمل التبعة) . وأنظر أيضاً محكمة مصر الكلية المختلطة في ١٤ يونية سنة ١٩٢٧ جازيت ١٨ رقم ٢٩٥ م ٢٣٣ — وفي ١٧ يونية سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٨٨ م ١٩٥ .

(٤) استئناف وطني في ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ م ٤ — وفي ١٩ يناير سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٥ م ١٠ — وفي ٢٩ مارس سنة ١٩٠٨ الحقوق ٢٤ م ٥٠ — وفي ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٢٨ م ٢٤٧ — وفي ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٩٠ م ١٤٩ — وفي ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٥٤٨ م ١١٠٤ .

ولكن القضاء المصرى كان يتساهل كثيراً في استخلاص الخطأ من الوقائع . وقد جاء في الموجز المؤلف (فقرة ٣٧٢ م ٣٧٨) في هذا المعنى ما يأتي : « فالقضاء المصرى يشدد في إلزام من يكون الشيء في حراسته بالقبطة والانتباه (استئناف وطني في ١٩ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع ١ م ٢٤٦ — وفي ٢٨ أبريل سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٢ م ١١ — استئناف مختلط في ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ م ١٨٠ — وفي ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ م ٢٠ — وفي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ م ٤١ — وفي ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ م ٤٩١ — وفي ١٣ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٣٥٨) — ثم هو يتساهل في تخفيف عبء الإثبات على المصاب (استئناف مختلط في ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ م ٤١٥ — وفي ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ م ١٥) — وفي الواقع استدلال بالتفريفة القانونية التي يقيمها القضاء الفرنسي قرينة قضائية =

— من حيث النصوص القانونية — أن يجد ما يساعده على دعم نظرية جديدة

== يستخلصها من وقائع الدعوى (استئناف مختلط في ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٤ — وفي ٨ مايو سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ١٨٤ ص ١٦٩) . . وانظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مصر الوطنية في ٢٩ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/١٥٦ ص ٣٢٦ — وفي ١٠ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٠٨ ص ٨٩٢ — وفي ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٣٣٥ ص ٨٢٤ — وفي ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٣٤٥ ص ٨٤١ — استئناف مختلط في ١٧ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٦ — وفي ٤ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٨٨ — وفي ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٩ — وفي ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٠ — وفي ٢٨ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٨٨ — وفي ١٠ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٩٣ — وفي ٢٩ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٥ — وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضت محكمة الموضوع بالزام وزارة الأشغال العمومية بتعويض الضرر الناشئ عن الحلل التي أحدثته في منزل المدعى تسرب المياه إليه نتيجة كسر أنابيبها، وأسست تقريرها خطأ الوزارة على تقصيرها في مراقبة الأنابيب وملاحظتها وتمهدها في باطن الأرض والكشف عليها من آن لآخر للتأكد من سلامتها ودوام صلاحيتها ، فهذا الحكم لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون (قضى مدنى في ١٧ أبريل سنة ١٩٤٧ بمجموعة عمر ٥ رقم ١٨٥ ص ٣٩٨) .

ومهما يكن من أمر ، فإن القضاء المصرى كان يصرح بوجود إثبات الخطأ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن القانون المدنى المختلط لا يعرف لا المسؤولية المادية ولا المسؤولية القائمة على خطأ مفترض عن الأشياء غير الحية (استئناف مختلط في ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٨٦) ، وقضت أيضاً بأن المسؤولية عن الأشياء غير الحية لا تقوم على خطأ مفترض ، بل يجب على المضرور إثبات الخطأ ، وتقوم القرائن القضائية مقام القرائن القانونية (استئناف مختلط في أول مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٦٩ — وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٤) . وكان لا بد من إثبات خطأ في المسؤولية عن الحريق (استئناف مختلط في ٥ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٦١ — وفي ٢٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٠ — وفي ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦٢ — وفي ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ١) ، وهذا هو أيضاً ما نص عليه قانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ في فرنسا ، أما في القانون المدنى الجديد في مصر فالمسؤولية عن الأشياء التي تحتاج حراستها إلى عناية تقوم على خطأ مفترض حتى لو كان الضرر قد نجم عن الحريق . وكان لا بد من إثبات خطأ أيضاً في المسؤولية عن السيارات ومركبات النقل (استئناف مختلط في أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٦٤ — وفي ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٩٢ ص ١٨١ — وفي ١٤ نوفمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٩٣ ص ١٨٢ — وفي ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٩٢ ص ١٨٠ — وفي ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٦ — وفي ١٣ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥١ — وفي ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ١٩٢ ص ١٨١) .

مثل النظرية التي أخذ بها القضاء الفرنسى (١) .

فجاء القانون المدنى الجديد بالنص المطلوب . وراعى فيه حالة البلاد الاقتصادية ، وحاجات الصناعات الناشئة ، فلم يطلق المسؤولية القائمة على خطأ مفترض لتشمل جميع الأشياء ، بل قصرها على الآلات الميكانيكية وعلى الأشياء التي تتطلب حراسها عناية خاصة . وهى مرحلة من مراحل التطور مر بها القضاء الفرنسى كما رأينا . فنصت المادة ١٧٨ من هذا القانون على ما يأتى :

« كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراسها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يدايه فيه . هذا مع عدم الإخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة (٢) » .

(١) وقد جاء فى هذا المعنى فى الموجز للمؤلف ما يأتى : « ولكن القضاء المصرى فى مجموعه — أهلبا كان أو مختلطاً — لا يزال يرى أن المسؤولية عن الشيء لا تتحقق إلا إذا ثبت خطأ فى جانب الحارس . فهو لا يزال فى الحالة التي كان عليها القضاء الفرنسى قبل تطوره الأخير فى أواخر القرن التاسع عشر . وهو فى الواقع من الأمر لا يستطيع — من حيث النصوص القانونية — أن يجد ما يساعده على تدعيم نظرية جديدة مثل النظرية التي أخذ بها القضاء الفرنسى . بل هو ليس فى حاجة — فى الوقت الحاضر — إلى هذه النظرية الجديدة . فالظروف الاقتصادية فى مصر تختلف عنها فى فرنسا : الصناعة لا تزال فى عهد الطفولة ، والآلات الميكانيكية لم تبلغ من الكثرة ما يجعلها خطراً داهماً على الحياة الاجتماعية ، بل إن الصناعة الناشئة فى مصر تتطلب فى أول عهدها أن تشجع ، لا أن يشغل القضاء كاملها بالتشدد فى مسؤولية أصحاب المصانع ، سيما أن تشديد المسؤولية يقتضى تقديم نظام التأمين ، حتى تستطيع أصحاب المصانع أن تواجه ما تفاجأ به من خسائر فادحة ترتب على هذا التشديد . على أنه إذا وجد فى حالة مصر الاقتصادية ما يستدعى التشديد فى المسؤولية عن الأشياء ، إما لحاجة طائفة مستضعفة هى طائفة العمال ، أو لدرء الخطر من ازدياد وسائل النقل وتكاثر السيارات وغيرها ، فإن القضاء المصرى قد عالج الأمر فى حزم وحكمة ، فاستعان عن القرينة القانونية التي قال بها القضاء الفرنسى بقرينة قضائية ، أسرع ما يكون إلى استخلاصها إذا كانت الظروف تستدعى ذلك » (الموجز للمؤلف فقرة ٣٦٦ من ٣٧٢) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٤٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « كل من تولى حراسة آلات ميكانيكية أو أشياء أخرى تتطلب حراسها عناية خاصة يكون مسئولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يدايه فيه . هذا مع عدم الإخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة » . وقد أقرت لجنة المراجعة =

وهذه الأحكام الى استحدثها القانون المدني الجديد ليس لها أثر رجعي .
فهو لا تسرى إلا على الحوادث التي تقع ابتداء من ١٥ من شهر أكتوبر

المادة على أصلها ، وأصبح رقمها ١٨٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي
لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، قررت الأغلبية في أول الأمر حذف المادة كتماء بما
تقرره القواعد العامة والأحكام الخاصة في قوانين العمل . ثم رأت اللجنة بعد ذلك أن تنتقل إلى
القبض من موقعها الأول . فعدلت النص على الوجه الآتي : « يكون شخص مسؤولاً عن
الأضرار الناشئة عن الأشياء الواقعة في حراسته إلا إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بغير
الضرورة أو بفعل الغير أو بقوة قاهرة أو حادث خائن ، هذا مع عدم الإخلال بما ورد في ذلك
من أحكام خاصة » . فجعلت النص عاماً ينصرف إلى الأشياء جميعاً ، سواء ما كان من قبيل
الآلات الميكانيكية أم غيرها . ثم عدلت اللجنة أخيراً إلى النص الأصلي وقرنته مع تعديله تعديلاً
طفيفاً بأن قدمت عبارة « أو أشياء أخرى تنصّب حراستها عبارة خاصة » على عبارة
« آلات ميكانيكية » ليكون المعنى أكثر وضوحاً . وبذلك انتهت اللجنة إلى قصر نطاق النص
على الآلات الميكانيكية وما يتطلب من الأشياء عناية خاصة في الحراسة ، كما كان الأمر في
المشروع التمهيدي . وأصبح رقم المادة ١٧٨ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنة
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٣٤ — ص ٤٣٨) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « لم يورد
التقنين المصري (القديم) أى نص يتعلق بالمسئولية عن الحوادث . وإزاء ذلك عمد القضاء
المصري إلى تطبيق القواعد العامة بشأنها ، كما فعل في المسئولية عن البناء ، فجعل ترتيبها معقوداً
بإقامة الدليل على وقوع خطأ من حارس الشيء . ولكنه جرى على التسامح كل التسامح في
استخلاص هذا الخطأ . فهو يكتفي بأقل إهمال ، بل بمجرد العلم بما ينطوي في الشيء من أساب
الخطر ، للقول بتوافر الخطأ الذي تنبئ إقامة الدليل عليه . وهو بهذا يقيم قرينة قضائية على
الخطأ ، يستعاض بها عما تقرر النصوص من قرائن قانونية في هذا الصدد . فليس من العدل في
شيء مثلاً أن يلقي عبء الإثبات على المضرور في حادث من حوادث انسيارات ، إذ يطلب أن
يحتج عليه عملاً بأن يبين كيفية وقوع الحادث ، وليس شك في أن سائق السيارة أقدر من
غيره على تحليل ما وقع . ولهذا العلة اختار المشروع فكرة الخطأ المبرور ، مقتضياً في ذلك
أثر التشريعات الأجنبية ، بل وأثر القضاء الفرنسي نفسه في مراحل تطوره الأخيرة . على
أن المشروع لم يمس في هذا السبيل للقضى من غاياته . بل اجترأ بما تقتضيه أحوال البلاد في
المرحلة الراهنة من حياتها الاقتصادية . فهو لم يبلغ شأو القضاء الفرنسي في الحديث من أحكامه
فيما يتعلق بإطلاق حكم هذه المسئولية على الحوادث بجميع أنواعها ، بل اقتصر على الآلات الميكانيكية .
وبوجه عام على الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة . وبديهي أن هذا التخصيص قصد به
إلى قصر الحكم على تلك الأشياء التي تحتاج حراسة بسبب الخطر الملازم لها . وبهذا يكون من
الميسور تصور إقامة قرينة على خطأ في الحراسة : أنظر في هذا المعنى المادتين ١٥٢ و ١٥٣ من
التقنين اللبناني والمادة ١٣١ من التقنين البولوني » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥ —
ص ٤٣٦) .

سنة ١٩٤٩ ، أى منذ نفاذ القانون الجديد . والعبرة هنا ، كما فى قواعد المسؤولية عن البناء ، بتاريخ وقوع الضرر الذى ينجم عن فعل الشيء ، فإذا وقع هذا الضرر فى تاريخ سابق على هذا التاريخ فالقانون القديم هو الذى ينطبق ، وإلا فالقانون الجديد .

ونبحث الآن- كما بحثنا فى الحالات الأخرى- متى تتحقق مسؤولية حارس الأشياء ، وعلى أى أساس تقوم هذه المسؤولية ، تطبيقاً للأحكام التى استحدثها القانون المدنى الجديد .

المطلب الأول

متى تتحقق مسؤولية -نارس الأشياء

٧٢٤- شرط تحقق المسؤولية : تتحقق المسؤولية بتولى شخص حراسة

شيء تقتضى حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية ووقوع الضرر بفعل الشيء . فعند ذلك يكون حارس الشيء مسئولاً عن هذا الضرر .

فتتحقق المسؤولية بـشـئـلـم إـذـن توافر شرطين : (١) أن يتولى شخص حراسة شيء تقتضى حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية (٢) أن يقع الضرر بفعل الشيء .

١٥- حراسة شيء تقتضى حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية

٧٢٥- تحليل هذا الشرط : لا تتحقق المسؤولية إلا إذا تولى شخص

حراسة شيء . فنبين معنى الحراسة وما هو المقصود بالشيء .

٧٢٦- الحراسة : حددنا الحراسة فيما تقدم . فهى ليست فى يد مالك

الشيء ضرورة ، ولا فى يد حائزه ، ولا فى يد المنتفع به . إنما الحراسة هى السيطرة الفعلية على الشيء قصداً واستقلالاً ، سواء استندت هذه السيطرة إلى حق مشروع أو لم تستند .

والمفروض أن المالك هو حارس الشيء ، وعليه هو ، إذا رفعت ضده دعوى المسؤولية ، أن يثبت أن الحراسة خرجت من يده وقت وقوع الحادث .

ويبقى المالك حارساً حتى لو أفلت الشيء من يده ما دام لم يتخل عنه (abandon). فإذا ما تخلى عنه وأصبح سائبة (res nullius) زالت حراسته. ولم تنتقل الحراسة إلى أحد. وإذا كان المالك قد ملك بعقد بيع، فالبيع قبل التسليم هو الحارس. ويعبرج الحارس هو المشتري بتسليم الشيء إليه. ولو كان عقد البيع باطلاً أو قبلاً للإبطال أو موقوفاً فيه نقل الملكية وتسلم المشتري الشيء فإنه يصبح حارسه ولو لم تنتقل إليه الملكية. لأن العبرة ليست بالملكية بل بالسيطرة الفعلية. والمالك تحت شرط فاسخ أو واقف يعتبر حارساً ما دامت له السيطرة الفعلية على الشيء.

وقد تنتقل الحراسة من المالك إلى غيره كالمستمتع (usufruitier) والمرتهن رهن حيازة والحائز بنية التملك سواء حاز بحسن نية أو بسوء نية، ما دامت السيطرة الفعلية على الشيء قد انتقلت من المالك إلى واحد من هؤلاء. فسارق الشيء يعتبر حارساً له، أما مالك الشيء المسروق فيفقد الحراسة ولا يعتبر مسئولاً بمقتضى الخطأ المفترض، ثم لا يكون مسئولاً إذا ثبت في جانبه إهمال أدى إلى سرقة الشيء لانقطاع علاقة السببية ما بين هذا الإهمال والضرر. أما المستأجر والمستعير والمودع عنده وأمين النقل فتنقل إليهم الحراسة إذا انتقلت إليهم السيطرة الفعلية على الشيء، ويغلب أن يقع ذلك في المقول (١).

والتابع لا يعتبر في العادة حارساً للشيء، فحارس السيارة هو في الأصل مالكها حتى لو كان لها سائق، وحتى لو قاد السائق السيارة من غير أن يكون فيها صاحبها. فإذا ثبت خطأ في جانب السائق. أمكنت مساءلة صاحب السيارة إما باعتباره متبوعاً ثبت خطأ تابعه، وإما باعتباره حارساً مفترضاً في جانبه الخطأ. وإذا لم يثبت خطأ في جانب السائق، لم يبق إلا مساءلة صاحب السيارة باعتباره حارساً. وقد ينقل المتبوع إلى التابع السيطرة الفعلية

(١) على أنه إذا أعيرت سيارة بسائقها، فإن المير في هذه الحالة يستقضي الحراسة عادة. وقد قضت محكمة النقض بأن المير لسيارة بسائقها يكون مسئولاً عن إهمال السائق إذا نشأ من هذا الإهمال حادث في أثناء قيامه بأمره في مدة الاستعارة (نقض في ٨ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٢٦٤ من ١٩٣٢).

على السيارة . فيصبح التابع في هذه الحالة هو الحارس . وفي جميع الأحوال إذا خرج التابع عن تعليمات متبوعه ، وقاد السيارة لمصلحته الشخصية أو استولى عليها دون علم صاحبها . فإنه يعتبر في هذه الحالة حارساً ويكون مسئولاً بمقتضى خطأ مفترض ، ويكون صاحب السيارة مسئولاً باعتباره متبوعاً .

وإذا أودعت السيارة في «الجراج» ، فإن كان صاحب «الجراج» له السيطرة الفعلية عليها فإنه يصبح الحارس ، وإلا فتبقى الحراسة عند صاحب السيارة . وكذلك الأمر إذا ترك صاحب السيارة سيارته في مكان وقوف السيارات تحت رقابة مشرف ، ويغلب في هذه الحالة أن تبقى السيارة في حراسة صاحبها فيما يخرج عن عمل المشرف (١) .

والسيارة إذا سلمت إلى ميكانيكي لإصلاحها تنتقل في الغالب حراستها إليه . لأنه يصبح صاحب السيطرة الفعلية عليها . ولا يبقى صاحب السيارة حارساً في هذه الحالة ، إلا إذا أبقى السيارة تحت إشرافه وقت إصلاحها . ومن يتعلم القيادة لا يكون حارساً للسيارة . والحارس هو المعلم . وإذا خائف المتعلم إرشادات معلمه وتوجيهاته . كان هذا خطأ ثابتاً في جانبه . أما المتحن لمن تعلم القيادة فلا يكون حارساً ، والمتعلم هو الذى يستبقى الحراسة .

٧٢٧- السوء : كل شيء مادي غير حي فيما عدا البناء يدخل في هذا النطاق ما دامت حراسته تقتضى عناية خاصة .

فالأشياء غير المادية والحيوان والبناء لا تدخل في النطاق المتقدم الذكر . وقد سبق تحديد المسؤولية عن الحيوان وعن البناء . والمسئولية عن الحيوان لا تختلف في أحكامها من حيث الخطأ المفترض عن أحكام المسؤولية عن

(١) وعمل المشرف هو أن يستبقى السيارة في مكان معين فتصبح له الحراسة من هذه الناحية . وأما أجزاء السيارة وآلاتها فتبقى في حراسة صاحبها . فإذا قل شخص السيارة من مكان إلى آخر ، ولو من علم المشرف ، فأحدث ضرراً ، كان المشرف هو المسئول . وإذا كان بالسيارة خلل أحدث ضرراً ، فإن المسئول عن هذا الضرر هو صاحب السيارة .

الأشياء . أما المسؤولية عن البناء فتختلف ، وقد قدمت أن الخطأ فيها ذو شقين ، أحدهما مفترض افتراضاً قابلاً لإثبات العكس ، والآخر مفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس . ومن ثم وجب التمييز في الشيء بين ما إذا كان بناء أو غير بناء . فإن كان بناء . استبعدت أحكام المسؤولية عن الأشياء . وقام خطأ مفترض ذو شقين على النحو الذي بيناه . وإن كان غير بناء وكانت حراسته تقتضى عناية خاصة . طبقت أحكام المسؤولية عن الأشياء . وقام خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس على النحو الذى سنبينه .

ويعتبر شيئاً بالمعنى المراد في المادة ١٧٨ الآلات الميكانيكية إطلاقاً . ولم يشترط القانون في الآلات الميكانيكية أن تتطلب حراستها عناية خاصة كما اشترط ذلك في غيرها ، لأن هذه الآلات تتحرك بمحرك ذاتي ، فافترض القانون لذلك أن حراستها تتطلب دائماً عناية خاصة .

أما غير الآلات الميكانيكية فلا يعتبر شيئاً بالمعنى المراد في المادة ١٧٨ إلا إذا اقتضت حراسته عناية خاصة . وسرى فيما يلي متى يحتاج حراسة الشيء إلى عناية خاصة ، كما سرى أن فكرة العناية الخاصة هي فكرة نسبية . فالشيء الواحد قد تستدعى حراسته عناية خاصة أو لا تستدعى هذه العناية بحسب ما يختلف عليه من وضع .

ويستوى أن يكون الشيء منقولاً ، أو عقاراً بطبيعته كالأشجار والأرض إذا انخفضت والمباني إذا نجم الضرر لا عن تدهورها . أو عقاراً بالتخصيص كالمصاعد والآلات الزراعية أو الصناعية المخصصة لخدمة مزرعة أو مصنع . ولا بدخل الشيء المباح (res nullius) . إذ ليس له حارس يكون مسئولاً عنه .

§ ٢ - وقوع الضرر بفعل الشيء

٧٢٨ - **المدخل الإجباري** : يجب أن يكون الضرر ناشئاً عن فعل الشيء

(fait de la chose) . ولا يكفي في ذلك تدخل الشيء تداخلاً سلبياً . فإذا وقعت عربة في المكان المعتاد للوقوف واصطدمت بها عربة أخرى أو أحد العابرة . أو كانت شجرة ثابتة في مكانها لم تقعاها الريح فعثر فيها أحد المارة وأصيب

بضرر من ذلك ، أو كانت آلة ميكانيكية ثابتة في مكانها الطبيعي لا تتحرك فاصطدم بها شخص فجرح . كانت هذه كلها أوضاعاً سلبية للشيء ، ولا يمكن القول في مثل هذه الحالات إن الضرر الذي وقع هو من فعل الشيء ، لأن الشيء لم يتدخل تدخلاً إيجابياً في إحداث الضرر ، بل كان تدخله سلبياً محضاً .

أما إذا كانت العربة تسير أو كانت واقفة ولكن في غير وضعها الطبيعي ، أو كانت الشجرة قد اقتلعت بالريح فقذفت بها في عرض الطريق ، أو كانت الآلة الميكانيكية في غير مكانها الطبيعي أو كانت تتحرك ، فإن الضرر يكون في هذه الحالات من فعل الشيء ، وقد تدخل الشيء تدخلاً إيجابياً في إحداثه .

ويمكن القول إن الشيء تدخل تدخلاً إيجابياً في إحداث الضرر ، إذا كان هذا الشيء في وضع أو في حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر (١) .

والمفروض ، إذا أحدث الشيء ضرراً ، أن الشيء قد تدخل تدخلاً إيجابياً في إحداثه . والمسئول هو الذي عليه أن يثبت أن الشيء لم يتدخل في إحداث الضرر إلا تدخلاً سلبياً ، فينتفى بذلك افتراض الخطأ ، ولا تتحقق المسؤولية إلا بإثبات خطأ في جانب المسئول .

٧٢٩ - عزم ضرورة الاتصال المادي المباشر: والتدخل الإيجابي لا يستلزم

الاتصال المادي المباشر . فقد لا يتصل الشيء اتصالاً مادياً مباشراً بمن وقع عليه الضرر ، ومع ذلك يتدخل تدخلاً إيجابياً في إحداث الضرر . فإذا سارت عربة بسرعة تفوق السرعة المعتادة ففزع أحد المارة ووقع فأصيب بضرر دون أن تمسه العربة ، وإذا وقعت عربة وقرفاً فجائياً وكانت عربة تسير وراءها فاضطرت إلى تفادي الاصطدام بها بأن انحرفت عن الطريق فاصطدمت بشجرة ، وإذا سدت عربة منافذ الطريق على راكب « موتوسيكل » فاختل توازن الراكب وسقط إلى الأرض ، ففي كل هذه الحالات تدخل الشيء تدخلاً إيجابياً في إحداث الضرر دون أن يمس الشخص أو الشيء المضرور أو يتصل به اتصالاً مادياً مباشراً .

٧٣٠- فعل الشيء وفعل الإنسان: وتجب الدقة في التمييز بين فعل الشيء

(fait de la chose) وفعل الإنسان (fait de l'homme). ذلك أن المسؤولية عن فعل الشيء تقوم على خطأ مفترض ، أما المسؤولية عن فعل الإنسان فتقوم على خطأ واجب الإثبات . ومن ثم كان الفرق كبيراً بين المسؤوليتين ، ووجب البحث عن معيار للتمييز فيما بينهما .

وقد سار القضاء الفرنسي مراحل متعاقبة في طريقه إلى هذا التمييز . ففي المرحلة الأولى كان الضرر يعتبر من فعل الشيء إذا نجم عن فعل ذاتي للشيء (fait autonome de la chose) ويتحقق ذلك في أحد فرضين : (١) إذا وقع الضرر من الشيء وهو غير محرك بيد الإنسان . (٢) إذا وقع الضرر من الشيء وهو محرك بيد الإنسان . ولكن الشيء انطوى على عيب ذاتي كان هو السبب في وقوع الضرر - ولكن هذا المعيار لم يكن مرضياً ، فهو يعتبر الضرر من فعل الإنسان . ويقضى بوجوب إثبات الخطأ . في حالة من أشد الحالات حاجة إلى افتراض الخطأ . وهي حالة ما إذا أحدث سائق السيارة ضرراً وهو يقود السيارة ولم يكن بها عيب ذاتي . فهذه حالة لا تدخل في الحالتين اللتين يعتبر الضرر فيهما من فعل الشيء . فيجب فيها إثبات الخطأ في جانب السائق . وهو أمر متعذر في الكثرة الغالبة من الحوادث (١) . وقد أخذ القضاء الفرنسي يتذبذب في الأخذ بهذا المعيار وفي تركه . حتى صدر حكم من محكمة النقض الفرنسية صريح في تركه . وفي اعتبار الضرر من فعل الشيء حتى لو كان هذا الشيء محركاً بيد الإنسان ولم يكن به عيب ذاتي . فسائق السيارة إذا أحدث ضرراً وهو يسوق السيارة يكون مسؤولاً بمقتضى خطأ مفترض في جانبه . لأن السيارة في حاجة إلى الحراسة لما ينجم عنها من الخطر (٢) .

وعلى هذا النحو استبدلت محكمة النقض الفرنسية ، في المرحلة الثانية . معياراً بمعيار . وجعلت معيارها الجديد في حكم هذا مشهور صدر في

(١) على أن هناك أشياء تحركها يد الإنسان ، ويبدو أن مبراس الخطأ فيها لا ينبغي أن يقوم ، لأنها إنما تتحرك طوعاً لإرادة رجال فنيين إذا أخطأوا وجب اعتبار الخطأ من عملهم . لا من عمل هذه الأشياء . مثل ذلك . وضع المراح وآلات الأشعة .

(٢) وواضح أن أهم الحوادث التي يطبق فيها الخطأ المفترض هي حوادث السيارات .

٢١ فبراير سنة ١٩٢٧ (١). أن يكون الشيء في ذاته خطراً بحيث يحتاج إلى الحراسة. وهذا المعيار قريب جداً من المعيار الذي أخذ به القانون المصري الجديد. حيث يقول في المادة ١٧٨ : «كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية...» (٢). وبقي معيار «الشيء الخطر» تتداوله الفقهاء والمحاكم لتأييده أو لتفنيده، وظل الأمر كذلك مدة قصيرة، حتى طلعت محكمة النقض الفرنسية في دوائرها الجمعية بحكم مشهور صدر في ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ (٣). قضت فيه على

(١) دالوز ١٩٢٧ - ١ - ٩٧ مع تعليق ريبير - سيريه ١٩٢٧ - ١ - ١٣٧ مع تعليق إسمان. وقد جاء في هذا الحكم ما يأتي : « ومن حيث إن القانون، في تطبيق الافتراض الذي يقرره، لا يميز بين ما إذا كان الشيء محركاً أو غير محرك بيد الإنسان، وإنما يكفي أن يكون الشيء خاضعاً لحراسة واجبة، وذلك بسبب ما يمكن أن يعرض له الناس من الأخطار ». *«... mais attendu que la loi, pour l'application de la présomption qu'elle édicte, ne distingue pas suivant que la chose était ou non actionnée par la main de l'homme, qu'il suffit qu'il s'agisse d'une chose soumise à la nécessité d'une garde, en raison des dangers qu'elle peut faire courir à autrui.»*

(٢) ومعيار الشيء الخطر قال به الأستاذ ريبير، ولا يزال يقول به - وهذا وينكر الأستاذان مازو أن يكون المعنى الذي قصدت إليه محكمة النقض في حكمها هذا هو معيار الشيء الخطر. فالمحكمة إنما قالت إن المسؤولية التي تقوم على خطأ مفترض تتأسس على حاجة الشيء للحراسة لا يعرض الناس له من الخطر. فهي لا تميز بين الشيء الخطر والشيء غير الخطر، بل تفسر حاجة الشيء للحراسة، فترجمها إلى ما يعرض الشيء له الناس من الخطر (مازو ٣ فقرة ١٢٢٩).

(٣) دالوز ١٩٣٠ - ١ - ٥٧ مع مذكرة ماتير (Matter) وتطبيق ريبير - سيريه ١٩٣٠ - ١ - ١٢١ مع تعليق إسمان. وقد جاء في هذا الحكم ما يأتي : « ومن حيث إن الحكم المطعون فيه قد رفض تطبيق النص المشار إليه (م ١٣٨٤ فقرة ١) بدعوى أن الحادث الذي تسببه سيارة تتحرك بدفع وتوجيه من يد الإنسان، لا يكون من فعل الشيء تحت الحراسة وفقاً للمادة ١٣٨٤ فقرة أولى، ما دام لم يثبت مطلقاً أن الحادث يرجع إلى عيب ذاتي في السيارة، ومن ثم يجب على المضرور للحصول على تعويض ما أصابه من الضرر أن يثبت خطأ في جانب السائق. ومن حيث إن القانون، في تطبيق الافتراض الذي يقرره، لا يميز بين ما إذا كان الشيء الذي أحدث الضرر محركاً أو غير محرك بيد الإنسان، كما أنه ليس من الضروري أن يكون منطوقاً على عيب في طبيعته يكون من شأنه أن يحدث الضرر، فإن المادة ١٣٨٤ تربط المسؤولية بحراسة الشيء لا بالشيء ذاته ».

« (Que l'arrêt attaqué a refusé d'appliquer le texte susvisé (art. 1384 § 1.) »

معياري «الشيء الخطر» . فلم تردده في أسباب حكمها ، بل ربطت المسؤولية القائمة على خطأ مفترض بفكرة الحراسة (à la garde de la chose) ، لا بالشيء ذاته خطراً كان أو غير خطر .

فأخذ الفقهاء ، في مرحلة ثالثة ، يحللون فكرة الحراسة . وذهب الأستاذان مازو إلى التمييز بين الحراسة المادية (garde matérielle) والحراسة القانونية (garde juridique) . فالحراسة المادية هي السيطرة الفعلية على الشيء ، أما الحراسة القانونية فتوجد حيث يوجد التزام قانوني بالمحافظة على الشيء وبمنعه من أن يكون مصدر ضرر للناس . ومن ثم يكون السارق قد استولى على الحراسة المادية دون الحراسة القانونية ، ويستبقى صاحب الشيء المسروق الحراسة القانونية ، فيكون ، هو دون السارق ، المسئول عن الشيء المسروق .

ثم عدل الأستاذان مازو عن هذا الرأي ، في المرحلة الرابعة وهي المرحلة الحالية ، بعد أن أصدرت محكمة النقض الفرنسية في دوائرها المجتمعة ، في ٢ ديسمبر سنة ١٩٤١ (١) ، حكماً آخر لا يقل أهمية عن الحكم المتقدم ، قالت فيه إن السارق يعتبر حارساً للشيء المسروق . ويكون مسئولاً عما يحدثه هذا الشيء من الضرر بناء على خطأ مفترض في جانبه . واعتبر الأستاذان

== par le motif que l'accident causé par une automobile en mouvement, sous l'impulsion et la direction de l'homme, ne constituait pas, alors qu'aucune preuve n'existe qu'il soit dû à un vice propre de la voiture, le fait de la chose que l'on a sous sa garde dans les termes de l'article 1384 §I, et que, dès lors, la victime était tenue, pour obtenir réparation du préjudice, d'établir à la charge du conducteur une faute qui lui fût imputable; mais, attendu que la loi, pour l'application de la présomption qu'elle édicte, ne distingue pas suivant que la chose qui a causé le dommage était ou non actionnée par la main de l'homme; qu'il n'est pas nécessaire qu'elle ait un vice inhérent à sa nature et susceptible de causer le dommage, l'article 1384 rattachant la responsabilité à la garde de la chose, non à la chose elle-même.

مازو والجمهرة من الفقهاء أن حراسة الشيء . كحراسة الحيوان . هي السيطرة الفعلية على الشيء والقدرة على التصرف في أمره . مشروعة كانت هذه السيطرة أو غير مشروعة . فالسارق يعتبر حارساً للشيء المسروق لأنه يسيطر عليه سيطرة فعلية ، وإن كانت سيطرته غير مشروعة . ومالك الشيء إذا كان حائزاً له يعتبر حارساً لأن له السيطرة الفعلية عليه ، وهي سيطرة مشروعة . ويرتب الأستاذان مازو على هذا التحليل أن الضرر يعتبر من فعل الشيء إذا كان الشيء قد أحدث الضرر وهو مفلت من زمام حارسه . ذلك أن الحارس ما دام قابضاً على زمام الشيء ، فكل ضرر يحدث يعتبر من فعله لا من فعل الشيء ، ولا يكون مسئولاً في هذه الحالة إلا إذا ثبت خطأ في جانبه . أما إذا أفلت الشيء من سيطرة الحارس ، وخرج زمامه من يده . وأحدث ضرراً ، كان الضرر من فعل الشيء لا من فعل الحارس ، ويكون هذا مسئولاً بمقتضى خطأ مفترض (١) . وعندما يطبق الأستاذان معيارهما الجديد ، « إفلات زمام الشيء من سيطرة الحارس » . يذهبان إلى أن الشيء إذا أحدث ضرراً ، فالمفروض أن زمامه قد أفلت من يد الحارس وأن الضرر قد حدث بفعل الشيء ، ما لم يكن الحارس قد وجه الشيء قصداً إلى إحداث ضرر . فهنا يعتبر الضرر قد حدث بفعل الحارس (٢) . ومن ثم فكل ضرر يحدث بتدخل إيجابي من الشيء . ولم يكن مقصوداً من حارسه . يعتبر أنه قد حدث « بفعل الشيء » (٣) .

٧٣١- القانون المدني الجبريم : والقانون المدني الجديد يخطئ المفترض بحراسة الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة ، وفرض أن الآلات الميكانيكية تتطلب حراستها عناية خاصة دائماً .

لذلك لسنّا في حاجة إلى إجهاد النصوص لتحديد الفكرة التي يقوم عليها الخطأ المفترض في المسؤولية عن الأشياء في القانون الجديد . فهذا الخطأ المفترض يقوم على فكرة «العناية الخاصة» التي تتطلبها حراسة الشيء . ولا يجوز اعتبار

(١) مازو ٢ فقرة ١٢٤٩ .

(٢) مازو ٢ فقرة ١٢٥٦ .

(٣) مازو ٢ فقرة ١٢٥٦ س ٢١٨ .

أن الضرر قد حدث بفعل الشيء إلا في حالتين : (الأولى) أن يكون هذا الشيء آلة ميكانيكية تدخلت تدخلاً إيجابياً في إحداث الضرر ، أى كانت في وضع أو في حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر . (والثانية) أن يكون هذا الشيء ليس آلة ميكانيكية ولكن حراسته تقتضى عناية خاصة . وهذا أقرب ما يكون إلى معيار «الشيء الخطر» كما قدمنا . فإذا كان الشيء في حراسة شخص ، وكانت هذه الحراسة تقتضى عناية خاصة بالنسبة إلى طبيعة هذا الشيء أو بالنسبة إلى ظروفه وملابساته ، ثم أحدث الشيء ضرراً ، فإنه يفترض أن الحارس قد قصر في بذل هذه العناية الخاصة حتى أفلت زمام الشيء من يده ، فأحدث الضرر . أما إذا كانت الحراسة لا تقتضى عناية خاصة ، فلا يفرض أن الحارس قد قصر في بذل العناية الواجبة ، بل يجب على المضرور أن يقيم الدليل على هذا التقصير .

يبقى بعد ذلك أن نعرف متى تحتاج حراسة الشيء إلى عناية خاصة ؟ قدمنا أنه يجب في ذلك الرجوع إلى طبيعة الشيء ، ثم إلى ظروفه وملابساته . ويرتّب على ذلك أنه متى كانت طبيعة الشيء تقتضى عناية خاصة قام الخطأ المفترض . على أنه يلاحظ أن الآلات الميكانيكية ، كالسيارات والآلات الزراعية والصناعية والقاطرات البخارية والكهربائية والسفن البخارية والأسلحة النارية والمصاعد ، يفرض القانون بالنص أن حراستها تحتاج إلى عناية خاصة . نظراً لطبيعتها ولما ركب فيها من محرك ذاتي (dynamisme propre) . وليست الآلات الميكانيكية وحدها هي التي تحتاج حراستها إلى عناية خاصة نظراً لطبيعتها . بل توجد أشياء أخرى غير ميكانيكية تقتضى طبيعتها أن تكون في نفس الوضع . مثل ذلك الأسلحة غير الميكانيكية على اختلاف أنواعها والأسلاك الكهربائية والمواد الكيماوية والأدوية الطبية والزجاج والمصابيح والفؤوس والمنجل والمفرقات وما إلى ذلك (١) .

على أن الشيء قد لا تقتضى حراسته عناية خاصة بالنظر إلى طبيعته . ولكن

(١) وإذا انفجرت مواد ملتهبة نشبت حريق من جراء هذا الانفجار، كان الحارس مسؤولاً بمقتضى خطأ مفترض . وفي فرنسا لا يكون مسؤولاً إلا إذا ثبت خطأه بمقتضى قانون ٧ نوفمبر

الظروف والملابسات التي وجد فيها تجعل هذه الحراسة في حاجة إلى عناية خاصة . فعربة الركوب والشجرة والسلم والحبل والرمال والصخر ، كل هذه ليست أشياء خطرة بطبيعتها ، ولكن قد تصبح خطرة في ظروف معينة . فعربة الركوب بالنسبة إلى المشاة شيء خطر ، وهي ليست كذلك بالنسبة إلى السيارات . والشجرة ليست خطرة ما دامت في وضعها الطبيعي . فإذا اقتلعها الريح ورمت بها في عرض الطريق أصبحت شيئاً خطراً . والسلم يصبح خطراً إذا دهن بمادة لزجة تجعل الانزلاق عليه أمراً محتملاً . والحبل قد يصبح خطراً إذا جعل في وضع بحيث ترتطم به الناس . وهذا هو الشأن في الرمال إذا انهالت ، وفي الصخر إذا انحدر (١) .

ومن ذلك نرى أن الشيء تقتضي حراسته عناية خاصة إذا كان خطراً بطبيعته أو كان خطراً بملابساته . وهو يصبح خطراً بملابساته إذا كان في وضع أو في حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر ، أي إذا تدخل تدخل إيجابياً في إحداث الضرر . وهنا يتلاقى القضاء الفرنسي مع نصوص القانون المصري الجديد (٢) .

المطلب الثاني

على أي أساس تقوم مسئولية حارس الأشياء

٧٣٢-مسألاته: متى محقت مسئولية حارس الشيء على النحو الذي قدمناه ، قامت هذه المسئولية على خطأ مفترض في جانب الحارس . فنبين

- (١) أنظر في تطبيقات أخرى متنوعة مازو ٢ فقرة ١٢٥٨ — فقرة ١٢٧٠ .
(٢) ويعترض الأستاذان مازو على مثل هذا الرأي (أنظر مازو ٢ فقرة ١٢٣٩) . وما يقولان إن كل شيء قد يصبح خطراً في ظروف معينة . وهذا صحيح . وهو منذ أصبح خطراً بقيام هذه الظروف تحتاج حراسته إلى عناية خاصة . فإذا أحدث ضرراً غير مقصود ، فرض أن زمامه قد أفلت من يد الحارس . فيرجع الأمر إذن إلى الخطر النسبي للأشياء بالنسبة إلى الظروف الملائمة ، وما إذا كان الشيء قد جعل في وضع أو في حالة تسمح عادة بأن يحدث ضرراً ، فبذلك تحتاج حراسته إلى عناية خاصة . وهذا هو عين ما يقوله الأستاذان في شرح اللهامس الفرنسي . فبما أن رأينا يرجعان بعد إسهاب طويل إلى فكرة التدخل الإيجابي . وبما أن هذه الفكرة إلا فكرة الشيء . فبما أن الفكرة إلى وضعه وملابساته .

الآن ما هو هذا الخطأ . وإلى أى حد هو مفترض .

§ ١ - ما هو الخطأ

٧٣٣- **مطلبات الحراسة** : الخطأ المفترض في جانب حارس الشيء ،

كالخطأ المفترض في جانب حارس الحيوان ، هو خطأ في الحراسة (faute dans la garde) . فإذا ألحق الشيء ضرراً بالغير ، كان المفروض أن رمام هذا الشيء قد أفلت من يد حارسه ، وهذا هو الخطأ .

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الخطأ في الحراسة بهذا التفسير هو خطأ أقرب إلى الصنعة منه إلى الحقيقة ، فهو خطأ موهوم ، اخترعته الصياغة القانونية ليخفي تحتها الواقع ، إذ المسئول قد أقحم عليه الخطأ إقحاماً ، وفرض عليه فرضاً لا يستطيع التملص منه . والأولى أن يقال إن المسئولية هنا قد فرضها القانون ، وأقامها على أساس من تحمل التبعة . ذلك أن المسئول هو الذى أتى إلى المجتمع بشيء يصح أن يكون مصدراً للضرر ، وانفع به ، فإذا ما وقع الضرر فعلاً وجب أن يتحمل تبعته (١) . والرد على نظرية تحمل التبعة هنا هو عين الرد على هذه النظرية في المسئولية عن الحيوان . فلا يمكن القول إن أساس المسئولية عن الشيء هو تحمل التبعة ، وإلا لكان المسئول هو المنتفع بالشيء لا الحارس ، ولما جاز دفع المسئولية بإثبات السبب الأجنبي .

٧٣٤- **ما الذى يثبت الضرر** : والمضروب لا يكلف إثبات الخطأ لأنه

مفترض ، ولكنه يكلف إثبات الشروط التى تتحقق بها مسئولية حارس الأشياء . فيجب عليه أن يثبت أولاً أن المدعى عنده هو حارس الشيء الذى أحدث الضرر ، والمفروض هنا أن الحارس هو المسالك ، إلى أن يثبت المالك أن حراسة الشيء قد خرجت من يده إلى يد شخص آخر وقت وقوع الضرر ، وعندئذ يكون هذا الشخص هو المسئول . ويجب على المضروب أيضاً أن يثبت أن الضرر قد وقع بفعل شيء تقتضى حراسته عناية خاصة أو بفعل آلة ميكانيكية ، والمفروض كما قدمنا أن الشيء قد تدخل تدخلًا إجباريًا

في إحداث الضرر ، إلى أن يقيم الحارس الدليل على أن التدخل لم يكن إلا سلبياً .

٢٥ - إلى أى حد هو مفترض

٧٣٥ - الافتراضية لا يقبل إثبات العكس : الخطأ هنا مفترض افتراضاً

لا يقبل إثبات العكس ، كالخطأ المفترض في جانب حارس الحيوان . فلا يجوز إذن للحارس أن ينفي الخطأ عن نفسه بأن يثبت أنه لم يرتكب خطأ أو أنه قام بما ينبغي من العناية حتى لا يفلت زمام الشيء من يده . وقد كان القضاء الفرنسي في أولى مراحل تدرجه يجعل الخطأ مفترضاً افتراضاً قابلاً لإثبات العكس ، ويجوز للحارس أن ينفي الخطأ . ثم تدرج إلى جعل افتراض الخطأ غير قابل لإثبات العكس ، فلم يعد الحارس يستطيع أن ينفي الخطأ عن نفسه (١) .

وقد كانت هذه المسألة هي الميدان الذي هاجم فيه أنصار نظرية تحمل التبعة نظرية الخطأ المفترض . فقد اعترضوا كما رأينا على فكرة الخطأ المفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، وقالوا إن الخطأ إذا افترض وجب أن يكون الافتراض قابلاً لإثبات العكس . ذلك أن الحارس إذا استطاع أن يقيم الدليل على أنه لم يرتكب خطأ ، فالصاق الخطأ به بالرغم من ذلك ليس إلا تحايلاً لإقامة المسؤولية على أساس خطأ وهمي لا وجود له بعد أن أقام الدليل على نفيه . وهذا ما دعا محكمة النقض الفرنسية إلى أن تتحدث ، في حكمها الذي أصدرته في دوائرها الجمعية في ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ ، عن «افتراض المسؤولية» (présomption de responsabilité) ، لا عن «افتراض الخطأ» (présomption de faute) . ويرد الأستاذان مازو على هذا الاعتراض بأن الخطأ الذي قامت عليه مسؤولية حارس الشيء هو خطأ في الحراسة . والأصل في ذلك أن كل حارس يلتزم قانوناً بالألا يجعل زمام الشيء يقات من يده حتى لا يصاب أحد بضرر . وهذا الالتزام هو الالتزام بتحقيق غاية (obligation de résultat) ، لا التزام ببذل عناية (obligation de moyen) . فإذا أفلت زمام الشيء من يد حارسه . فقد

(١) أنظر تفصيل ذلك في مازو ٢ فقرة ١٢٩٧ .

وقع الخطأ ، ولا سبيل بعد ذلك إلى نفيه بإثبات العكس (١) .

ونقرر هنا ما قررناه في المسؤولية عن الحيوان من أن افتراض الخطأ إنما يقوم في العلاقة ما بين الحارس والمضروب . وقد قلنا أن المضروب هو الذى ينزع بهذا الافتراض ولا يضار به ، فلا يجوز أن يحتج به عليه . كذلك لا يقوم افتراض الخطأ إذا أحدث الشيء الضرر لذاته (٢) . وقد نجتمع مسؤولية حارس الشيء مع مسؤولية المتبوع في شخص واحد . فإذا كان مالك الشيء قد دفعه إلى تابعه واحتفظ بالحراسة ، وألحق الشيء ضرراً بالغير ، فإن المالك هنا يكون مسئولاً بأحد اعتبارين : إما باعتباره حارساً فيكون الخطأ مفترضاً في جانبه ، وإما باعتباره متبوعاً فيجب إثبات الخطأ في جانب التابع حتى يقوم الخطأ المفترض في جانب المتبوع . والخطأ المفترض لا يقوم حيث توجد علاقة عقدية ما بين الحارس والمضروب . فأمين النقل وهو مسئول بالعقد عن سلامة الراكب ، والطبيب وهو ملتزم بالعقد أن يبذل العناية الواجبة في علاج المريض ، لا يكونان مسئولين مسؤولية تقصيرية بمقتضى خطأ مفترض ، بل هما مسئولان بمقتضى العقد مسؤولية عقدية ، وقد مر بيان ذلك . وإذا قام عقد بين التابع والمتبوع يرتب التزاماً على المتبوع بضمان سلامة التابع ، وأصاب شيء في حراسة المتبوع التابع بالضرر ، كانت مسؤولية المتبوع مسؤولية عقدية ، لا مسؤولية تقصيرية . فإن كان العقد لا يرتب التزاماً بضمان سلامة التابع ، أو إذا لم يوجد عقد أصلاً بين التابع والمتبوع ، كان المتبوع مسئولاً مسؤولية تقصيرية تقوم على خطأ مفترض .

وحارس الشيء كحارس الحيوان لا يجوز أن يكون عديم التمييز ، لأن مسؤوليته تقوم على الخطأ ، وعديم التمييز لا يتصور الخطأ في جانبه .

(١) أنظر مازو ٢ ققرة ١٣١٥ وققرة ١٣١٨ وققرة ١٣٢٠ وققرة ١٣٢٦ وققرة ١٣٢٧ — ويلاحظ أن القضاء الفرنسى عندما نكلم عن افتراض المسؤولية ، جعل لقروض هو علاقة السببية لا الخطأ ، حتى لا يصطدم بالمادة ١٣٥٢ من القانون المدنى الفرنسى ، والسببية هنا مفترضة افتراضاً قابلاً لإثبات العكس ، وهى تنفى بإثبات السبب الأجنبي .

(٢) مازو ٢ ققرة ١٢٧٢ — ٢ .

٧٣٦- موازنة في المسؤولية بنفي عمدة الدميعة . ولما كان حارس الشيء لا يستطيع أن يدفع المسؤولية عن نفسه بنفي الخطأ على النحو الذي بيناه ، لم يبق أمامه للدفع المسؤولية إلا أن ينفي علاقة السببية بين فعل الشيء والضرر الذي وقع . وهو لا يستطيع نفي علاقة السببية هذه إلا إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي : قوة قاهرة أو حادث مفاجيء أو خطأ المصاب أو خطأ الغير . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٧٨ إذ تقول : «... ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه » . ثم ينتهي النص بهذه العبارة : « هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة » . ومن أهم هذه الأحكام الخاصة ما سبق أن ذكرناه من مسؤولية رب العمل عن حوادث العمل . فهي مسؤولية لا تقوم على خطأ مفترض ، بل تقوم على أساس تحمل التبعة

الباب الثالث

الأثراء بلا سبب

(L'Enrichissement sans cause)

تمهيد

٧٣٧ - الإثراء بلا سبب هو مصدر قديم من مصادر الالتزام :

كل من أثرى على حساب الغير دون سبب قانوني يلتزم بأن يرد لهذا الغير قدر ما أثرى به في حدود ما لحق الغير من خسارة. فإذا استولى شخص على ملك غيره ، دون أن يكون لهذا الاستيلاء سبب قانوني ، وأضافه إلى ملكه ولو بنية حسنة ، يكون قد أثرى دون سبب قانوني على حساب الغير ، فيلتزم يرد أدنى القيمتين : ما أثرى به هو وما افتقر به الغير .

وقاعدة الإثراء بلا سبب على هذا النحو الذي يبناه تعتبر من أولى قواعد القانون . تمتد جذورها فتتصل مباشرة بقواعد العدالة والقانون الطبيعي . وهي في غير حاجة إلى تبرير ، إذ تحمل في طياتها ما يبررها . بل لعلها أول مصدر ظهر للالتزام في فجر التاريخ ، وهذا مبلغ حظها من البداهة القانونية . وهي على كل حال مصدر للالتزام عاصر مصدر العمل غير المشروع ، وهذا هو من المصادر الأولى التي عرفها القانون (١) .

٧٣٨ - على أنه قاعدة الإثراء بلا سبب ، إذا كانت قد عرفت منذ

القديم ، فهي لم تعرف إلا على نحو غير متصل بالأجزاء : عرفها القانون الروماني لا كمبدأ عام تستخلص منه تطبيقاته المتنوعة . بل كجزئيات متناثرة وفروض متفرقة تستقصى في حالات محددة ، دون أن يجمعها أصل مشترك أو تنظمها قاعدة عامة .

وكان حظ القاعدة في العصور الوسطى . سواء في القانون الفرنسي القديم أو في الفقه الإسلامي أو في القانون الإنجليزي . حظاً ضئيلاً لا يبدأن حتى هذا المجال المحدود الذي ظفرت به في القانون الروماني .

وتلقاها القانون الحديث تراثاً مبعثراً مشاتت الأجزاء ، فبقيت محتضنة بغيرها

(١) جيار (Girard) موحد القانون الروماني باريس سنة ١٩٢٤ ص ٦٤٢ وما بعدها.

من مصادر الالتزام دون أن تظفر بقوام ذاتي وكيان مستقل^(١) . حتى عهد قريب ، إذ تناولها القضاء في فرنسا وفي مصر ، وتناولتها التقنيات الحديثة ، فارتسمت لها حدود معروفة المعالم واضحة المدى . وكسبت القاعدة ذاتيتها ، وقامت مصدراً مستقلاً إلى جانب غيرها من مصادر الالتزام . وسجل القانون المصري الجديد أقصى مرحلة وصلت إليها القاعدة في مراحل تدرجها .

ومن ثم يعني أن تابع القاعدة في تطورها التاريخي .

التطور التاريخي لقاعدة الإثراء بلا سبب

القانون الروماني :

٧٣٩- **طائفة من الدعاوى :** عرف القانون الروماني طائفتين من الدعاوى تقومان على قاعدة الإثراء بلا سبب : دعاوى الاسترداد لما دفع دون سبب (condictiones sine cause) ودعاوى الإثراء بلا سبب (action de in rem verso). ولكن كلا من هاتين الطائفتين من الدعاوى لم تكن تباح إلا في حالات معينة حددت على سبيل الحصر . ولم يصل القانون الروماني إلى وضع قاعدة عامة تشمل على جميع الأحوال التي يجوز أن يتناولها الإثراء دون سبب . ونستعرض هاتين الطائفتين من الدعاوى .

٧٤٠- **دعاوى استرداد ما دفع دون سبب :** وهذه تشمل على الدعاوى

الآتية :

- ١ - دعوى يسترد بها الشخص ما دفعه للغير دون حق وهو يظن أن هذا الغير دائن له . وتسمى (condictio indebiti)
- ٢ - دعوى يسترد بها الشخص ما دفعه للغير لسبب مشروع لم يتحقق ، وتسمى (condictio, cause date, cause non secutar) .

(١) يشبهها الأستاذ ريبير (Ripert) في كتابه « القاعدة الأدبية فقرة ١٣٣ » بجدول من الماء تجري تحت الأرض . فبذلك تنبأ التواعد القانونية المحددة ما يصعد بوجوده ، ولكن الجدول لا يظهر فوق الأرض أبداً .

٣ - دعوى يسترد بها الشخص ما دونه للغير لسبب من القيام بعمل غير مشروع (كمنعه من ارتكاب جريمة) . أو لدفعه إلى تلافى ما قام به من عمل غير مشروع (كدفعه إلى رد ما سرقه) . وهذه الدعوى تسمى (condictio ob turpem causam) . فإذا كان السبب غير المشروع قائماً عند كل من المتعاقدين ، كما إذا تعاقد شخص مع آخر لدفعه إلى ارتكاب جريمة أو عمل من أعمال العهارة أو المقامرة . امتنع الاسترداد .

٤ - دعوى يسترد بها المقتصر من المثرى ما افتقر به على خلاف أحكام القانون ، كالمدين يسترد من دائته ما دفعه من فوائد غير قانونية أو من دين عقده تحت سلطان الإكراه . وهذه الدعوى تسمى (condictio ob injustum causam) .

٥ - دعوى يسترد بها الشخص من الغير ما دفعه له في أحوال معينة ، إذا كان السبب غير موجود أو كان لم يتحقق أو كان قد انقطع بعد أن تحقق . وهذه الدعوى تسمى (condictio sine causa) بمعناها الضيق . ولكنها لم تكن تباح إلا في أحوال محددة على سبيل الحصر ، فلم تمتد إلى جميع الأحوال لتصبح قاعدة عامة . من ذلك أن المقتصر لم يكن له من سبيل إلى الاسترداد في بعض الحالات ، كالمصروفات ينفقها الحائز لأرض الغير وهو حسن البية . وكالأرض يفقدها مالكها بتحول مجرى النهر . ويلاحظ في شأن دعاوى الاسترداد هذه أمور ثلاثة :

(الأمر الأول) أن ظهور هذه الدعاوى في القانون الروماني كان نتيجة للشكلية (formalisme) والتجرد (abstraction) اللذين انطوى عليهما التعامل في هذا القانون . فقد كان العقد يعتبر صحيحاً دون اعتبار لسببه ، حتى لو كان هذا السبب غير موجود أو كان غير مشروع ، ما دام العقد قد استوفى الشكل المفروض . وكانت الملكية تنتقل طبقاً للأوضاع المرسومة حتى لو كان سبب نقلها غير موجود أو غير مشروع . ومن ثم وجدت دعاوى الاسترداد هذه فيما لو نفذ العقد وكان سببه غير موجود أو غير مشروع فيسترد المدين ما دفع . وفيما لو انتقلت الملكية لسبب غير موجود أو غير مشروع فيسترد المالك ملكه . وقد سبق بيان ذلك عند الكلام في نظرية السبب .

(الأمر الثاني) أن كل هذه الدعاوى تتصل بعقد قائم ما بين المثرى والمفتقر (negotium contractus) إذ هي في أصلها مشتقة من دعوى الاسترداد في عقد القرض (mutuum) (١). فمن أجل ذلك وجب أن تتصل بعقد. ومن ثم لم يكن هناك سبيل للحائر أن يسترد مصروفاته إذ هو لم يرتبط بعقد مع مالك الأرض (الأمر الثالث) أن الإثراء في هذه الدعاوى يجب أن يكون قد انتقل مباشرة من مال المفتقر إلى مال المثرى دون وساطة أجنبي. فإذا تحقق الإثراء عن طريق هذه الوساطة، وأثرى شخص من وراء عقد لم يكن طرفاً فيه، فإن الإثراء هنا يكون محلاً لطائفة الأخرى من الدعاوى وهي دعاوى الإثراء بلا سبب.

٧٤١- دعاوى الإثراء بلا سبب: وهذه بدأت في دائرة محدودة هي دائرة التعاقد الذي يتم ما بين شخص وآخر. يكون تحت السلطة الأبوية ولداً. أو تحت سلطة السيد عبداً. فإذا أثرى الأب أو السيد من وراء هذا التعاقد نوب أن يكون هو طرفاً فيه. جاز الرجوع عليه بقدر ما أثرى في حدود افتتار من تعاقد مع الرئد أو العبد.

ثم اتسعت دائرة هذه الدعاوى. فشملت التعاقد ما بين شخصين لا يخضع أحد منهما لسلطة ما. فإذا أثرى شخص ثالث من وراء هذا التعاقد جاز الرجوع عليه بدعوى الإثراء. كشرىك تعاقد مع الغير فعاد التعاقد بنفع على الشركة. ولكن ظلت الحالات التي تباح فيها هذه الدعاوى هي أيضاً محددة. ولم توضع قاعدة عامة تشمل جميع حالات الإثراء بلا سبب.

القانون الفرنسي القديم :

٧٤٢- دعاوى استرداد ما دفع دون سبب: لم يعرف هذا القانون بقاعدة الإثراء بلا سبب قاعدة عامة شاملة التطبيق، وقصر المبدأ على حالات معينة انتقلت إليه من القانون الروماني. وأظهر هذه التطبيقات هي دعاوى استرداد ما دفع دون حق (condictiones sine causa) (٢).

(١) أنظر سافيني (Savigny) في القانون الروماني (ترجمة جينو ١٨٥١ - ١٨٥٥) ص ٥١٣ - ص ٦١٧ - فارن جيار موجز القانون الروماني باريس سنة ١٩٢٤ ص ٦٢٥ وما بعدها.

(٢) أنظر دوما (Domat) (القوانين المدنية ١ الكتاب الثاني الباب السابع الفصل الأول مدونة).

وقد وقع تصور هام في شأن هذه الدعاوى منذ ظهرت نظرية السبب في القانون الفرنسي القديم . فقد ترتب على اعتبار السبب ركناً في العقد أن فقدت دعاوى استرداد ما دفع دون حق الشيء الكثير من أهميتها . إذ كانت في القانون الروماني - وعنده العقود شكلية مجردة كما سبق القول - ذريعة لتلافي النتائج التي ترتب على هذه الشكاية وهذا التجريد . فكان المتعاقد يسترد بها ما دفعه دون سبب أو لسبب غير مشروع . أما بعد أن اعترف القانون الفرنسي القديم بالسبب ركناً في العقد . فقد أصبح العقد الذي لا سبب له أو الذي يكون سببه غير مشروع عقداً باطلاً . فلم تعد هناك حاجة لدعاوى الاسترداد إلا في الحالات القليلة التي ينفذ فيها العقد رغم بطلانه . أو في الحالات التي يفسخ فيها العقد بعد تنفيذه .

٧٤٣ - دعاوى الإثراء بلا سبب : وبقيت دعاوى الإثراء بلا سبب (actio de in rem verso) تباح في بعض حالات الإثراء . ولكنها ما لبثت أن اختلطت بدعوى الفضالة . وعالج بوتييه الأولى باعتبارها فرعاً عن الثانية . فذكر أنه إذا تولى شخص شؤون غيره ، معتقداً أنه يدبر شؤون نفسه . أو فعل ذلك رغم إرادة رب العمل . اختل ركن من أركان الفضالة . فلا تطبق أحكامها كاملة . وتطبق أحكام فضالة ناقصة (Gestion d'affaires anormale) يقتصر فيها الفضولي على استرداد ما أنفق في حدود ما أثرى به رب العمل يوم رفع الدعوى (١) .

الفقه الإسلامي (٢) :

٧٤٤ - لا يعترف الفقه الإسلامي بالإثراء بلا سبب مصدراً للالتزام إلا في حدود هي أضيق بكثير من المدى الذي وصل إليه القانون الروماني والقوانين اللاتينية والجرمانية التي اشتقت منه . وأوسع ما يعترف به الفقه الإسلامي في ذلك هو دفع غير المستحق . والظاهر من نصوص الشريعة الإسلامية أنها ترجع مصداقاً للالتزام . فلو أن شخصاً

(١) أنظر بوتييه (Potit) في باب الزكوة مقرة ١٨٢ ومقرة ١٨٩ .

(٢) نظرية العقد في الفقه الإسلامي مقرة ٦٧ من ٦٩ - ص ٧١ .

ظن أن عليه ديناً . فبان خلافه . رجع بما أدى (١) .
ولا يعترف الفقه الإسلامى بعمل الفصولى مصدرراً للالتزام . ويعتبر الفصولى
متبرعاً لا يرجع بشيء على رب العمل (٢) .
أما الإثراء بلا سبب كقاعدة عامة فلا يعترف به الفقه الإسلامى . على أنه
توجد حالات معينة يكون فيها الإثراء بلا سبب في هذا الفقه ملزماً للمثرى على
حساب الغير . ويكون ذلك عادة إذا كان الشخص الذى افترق لم يكن
له بد من ذلك ، كما لو بنى صاحب العلو السفلى بدون إذن صاحبه أو إذن
الحاكم ، فلا يكون متبرعاً ويرجع بقيمة البناء على صاحب السفلى لأنه
مضطر إلى البناء إذ أو رفع الأمر إلى الحاكم فالحاكم لا يجبر صاحب السفلى
على بناء سفله لعدم تعديه (٣) .
ومن ثم نرى أن الإثراء بلا سبب ليس بمصدر للالتزام في الفقه الإسلامى
إلا في حالات قليلة .
القانون الإنجليزى (٤) :

٧٤٥ - وإذا كان باب الإثراء بلا سبب ضيقاً في الفقه الإسلامى ،
فهو لا يزيد اتساعاً في القانون الإنجليزى . وفي هذا يتقارب الفقه الإسلامى والقانون

(١) الأشياء والنظائر جزء أول من ١٩٤ . وفي شرحه غمز عيون البصائر من دفع
شيئاً ليس واجباً عليه فله استرداده إلا إذا دفعه على وجه الهبة . أنظر أيضاً في هذا المعنى ٢٠٢
وم ٢٠٧ من كتاب مرشد الميراث .

(٢) يؤيد هذا ما ورد في جميع الضمانات من النصوص الآتية : عمر دار امرأته لها بلا إذنها
قال النفسى المارة كلها لها ولا شيء عليها من النفقة فإنه متبرع ، وعلى هذا التفصيل عمارة
كرم امرأته وسائر أملاكها (من ٤٥٣) — المديون إذا أفق على ولد رب الدين أو امرأته
بغير أمره لا يبرأ من الدين ولا يرحم بما أفق على من أفق عليه (من ٤٤٩) — لو قضى دين
غيره بغير أمره جاز ، فلو انتفق ذلك بوجه من الوجوه يعود إلى ملك القاضى لأنه تطوع بقضاء
الدين ، ولو قضى بأمره يعود إلى ملك من عليه الدين ، وعليه للقاضى مثله (من ٤٤٨ —
من ٤٤٩) .

(٣) وفي جامع الفصولين زرع بينهما فقاب أحدهما وأتفق الآخر يكون متبرعاً بخلاف ذى
العلو مع أن كلا لا يصل إلى حقه إلا بالاتفاق . والفرق أن الأول مضطر لأن شريكه لو كان
حاضراً يجبره القاضى على الاتفاق ولو غائباً يأمر القاضى الحاضر به ليجمع على الآخر ، ولذا زال
الاضطرار كان متبرعاً ، أما ذو العلو فمضطر في بناء السفلى إذ القاضى لا يجبر صاحبه لو حاضراً
فلا يأمر غيره لو غائباً ، والمضطر ليس بمتبرع (شرح المجلة للاستاذ سليم باز من ٧٠٥) .

(٤) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦١ من ٦١ — من ٦٢ .

الإنجليزى . ويبعدان معاً عن القانون الرومانى .
وأوسع ما يعترف به القانون الإنجليزى هو دفع غير المستحق ، شأنه فى ذلك شأن الفقه الإسلامى . فمن دفع مبلغاً من النقود إلى غير دائن ، معتقداً بحسن نية أنه يدفع للدائن ، يسترد فى القانون الإنجليزى ما دفعه بشرط أن يكون الغلط فى الواقع لا فى القانون (١) .

وليس للفضولى فى القانون الإنجليزى الحق فى استرداد ما تُفقه من المصروفات إلا فى حالات محددة ، منها حالة إنقاذ سفينة من الغرق وحالة الدائن المرتهن فيما يتحمله من النفقة لحفظ العين المرهونة (٢) .
أما مبدأ الإثراء بلا سبب ذاته فلا يعترف به القانون الإنجليزى إلا فى حالات خاصة (٣) .

القانون الفرنسى الحديث :

٧٤٦- المرحلة الأولى (إنظار المبدأ العام) : لم يحتو قانون نابليون نصاً يشتمل على قاعدة عامة للإثراء بلا سبب بل اقتصر هذا القانون على حالات متفرقة تناثرت هنا وهناك أبرزها الفضالة ، ودفع غير المستحق ، والمصروفات الضرورية والنافعة ، والبناء والغراس فى أرض الغير .

ولما كان عهد الشراح على المتون (L'Ecole de l'Exegèse) هو الذى تلقى التقنين الفرنسى فى أول مراحله ، وكان هؤلاء الشراح يلتزمون النصوص التشريعية ولا ينحرفون عنها ، فقد ترتب على انعدام نص يقرر القاعدة العامة أن مبدأ الإثراء بلا سبب أنكر وجوده إنكاراً تاماً فى هذه المرحلة الأولى . واقتصر

(١) أنظر كينر (Keener) فى شبه المقدس ٨٥ وما بعدها و ص ١٣٩ وما بعدها .

(٢) أنظر جنكس (Jonks) م ٧٢٠ .

(٣) نذكر منها ما يأتى : ١ - - إذا دفعت شركة التأمين مبلغ الحسارة المؤمن عليها فلها أن ترجع على المؤمن بالتعويض الذى أخذه من الغير عن هذه الحسارة ٢ - إذا استولى أحد الشركاء فى الشبوع على أكثر من نصيبه فى غلة المين الشائعة التزم برد هذه الزيادة ٣ - إذا لم يتم أحد المتعاقدين بما عليه من التزام فلآخر أن يفسخ العقد وأن يسترد النقود التى دفعها للطرف الأول أو أن يطلب تعويضاً عما قام به هو من الأعمال تنفيذاً للعقد . يراجع فى هذه الحالات جنكس (Jonks) م ٧٠٧ وما بعدها .

الفقه والقضاء في فرنسا على تطبيق هذه النصوص المتفرقة في حالاتها الخاصة ، دون أن يصلا فيما بينها .

٧٤٧- المرحلة الثانية (الفضالة الناقصة): ثم دخل القانون الفرنسي في مرحلة ثانية اعترف فيها القضاء بقاعدة الإثراء بلا سبب ، ولكن على أنها فرع عن الفضالة الواردة في النصوص التشريعية . ضرب من الفضالة الناقصة على النحو الذي قال به پوتيه فيما قدمناه . وبدأت محكمة النقض الفرنسية تقضى بقياس الإثراء بلا سبب على الفضالة . وتعتبر أن الإثراء بلا سبب فضالة اختل ركن من أركانها ، وبخاصة ركن القصد في تولى شؤون الغير (١).

٧٤٨- المرحلة الثالثة (الاعتراف بالمبرأ العام نظرياً على قسريته): ودخل القانون الفرنسي بعد ذلك في مرحلته الثالثة متأثراً بعاملين . العامل الأول زوال سلطان ملزم شرح على المتون ، وقد تحرر الفقه والقضاء من ربة النصوص التشريعية ، وأمكن أن تصاغ المبادئ العامة دون حاجة لأن تستند إلى نصوص . والعامل الثاني أن نظرية الفضالة الناقصة ما لبثت أن ضاقت عن تطبيقات متنوعة لمبدأ الإثراء بلا سبب، ولم يكن من الممكن لإدخال هذه التطبيقات في حظيرة الفضالة ولو باعتبارها فضالة ناقصة . فكان لا بد إذن من الاعتراف بقاعدة الإثراء بلا سبب مبدأ قائماً بذاته . مستقلاً عن الفضالة كاملة كانت أو ناقصة .

وقاد هذه المرحلة الفقيهان المعروفان أوبرى ورو في كتابهما المشهور ، فاعتبرا أن قاعدة الإثراء بلا سبب تقوم بذاتها مبدأ مستقلاً عن الفضالة كمصدر

(١) محكمة النقض الفرنسية في ١٨ يولية سنة ١٨٧٢ دالوز ٧٢ - ١ - ٤٧١ . وقد تلى هذا الحكم حكمان آخران طبقا لها أيضاً دعوى الفضالة في حالات الإثراء بلا سبب : محكمة النقض الفرنسية في ١٥ يولية سنة ١٨٧٣ دالوز ٧٣ - ١ - ٤٥٧ ، وفي ١٩ ديسمبر سنة ١٨٧٧ دالوز ٧٨ - ١ - ٢٠٤ . وآخر حكم طبقت فيه محكمة النقض الفرنسية نظرية الفضالة الناقصة صدر في ١٦ يولية سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١ - ١ - ٤٩ مع تعليق لـ لا . ول . وانظر في الفقه الفرنسي ديولومب ٣١ فترة ٤٩ - لوران ٢٠ فترة ٣٣٧ - لارو ٤٠٩ .

للتزام مبنى على قواعد العدالة . وما ورد من نصوص تشريعية في القانون الفرنسي ليس إلا تطبيقات متنوعة لهذا المبدأ لم تذكر على سبيل الحصر (١) . وما لبثت محكمة النقض الفرنسية في سنة ١٨٩٢ أن سارت وراء الفقيهين العظيمين وقضت بقولها (٢) .

وبلاحظ في هذه المرحلة الثالثة أن قاعدة الإثراء بلا سبب ، إذا كانت قد استقرت قاعدة مستقلة عن الفضالة ، فإنها قد غلت بقيدتين . أولها أن دعوى الإثراء إنما هي دعوى احتياطية (action subsidiaire) لا يجوز الالتجاء إليها إلا إذا أعوزت السبل القانونية الأخرى . بهذا قال الفقيهان أوبري ورو ، وتبعهما في ذلك الفقه والقضاء في فرنسا . والقيد الثاني أن الإثراء يشترط فيه أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى . ورد ذلك صراحة فيما قاله أوبري ورو ، وسبقهما إليه بوتييه فيما نقلناه عنه ، وتبعهم في ذلك الفقه والقضاء الفرنسيان حتى اليوم .

ولا يزال القانون الفرنسي يعالج الدخول في مرحلة رابعة يتخلص فيها من هذين القيدتين . ويحرر القاعدة من جميع القيود التي تعطل من إطلاقها وشمولها .

(١) أنظر أوبري ورو (Aubry et Rau) الطبعة الرابعة الجزء السادس ص ٢٤٦ — ص ٢٤٧ . وقد أحاط الفقيهان المبدأ ، بعد أن أكدا استقلاله ، بقيدتين وردا فيما نقله هنا من عبارات الفقيهين ذاتها :

«...il n'est permis de s'enrichir aux dépens d'autrui dans tous les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant sans cause légitime enrichi au détriment de celui d'une autre personne, celle-ci ne pourrait, pour obtenir ce qui lui appartient ou ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit, ... on doit ... s'attacher non au moment où l'obligation de restitution a pris naissance, mais à celui de l'introduction de l'action de in rem verso ... »

(٢) محكمة النقض الفرنسية في ١٥ يونيو سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ — ١ — ٥٩٦ . وانتهت هذه المحكمة ، في حكمين مشهورين لها (في ١٢ مايو سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٨ — ١ — ١١ . وفي ٢ مارس سنة ١٩١٥ دالوز ١٩٢٠ — ١ — ١٠٢) بأن استعارت بعض الألفاظ التي استعمالها الفقيهان أوبري ورو . فقالت في حكمها الصادر في ١٢ مايو سنة ١٩١٤ (سيريه =

القانون المصرى :

٧٤٩- **التقنين المصرى القديم :** لم يرد فى التقنين المدنى القديم نص يقرر القاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب . ولكن ورد نص غامض ، حائر بين الإثراء بلا سبب والفضالة ، هو نص المادتين ١٤٤/٢٠٥ وقد جرى بما يأتى : « من فعل بالقصد شيئاً ترتب عليه منفعة لشخص آخر ، فيستحق على ذلك الشخص مقدار المصاريف التى صرفها والخسارات التى خسرها ، بشرط ألا تتجاوز تلك المصاريف والخسارات قيمة ما آل إلى ذلك الشخص من المنفعة » . وورد إلى جانب هذا النص نصوص أخرى متفرقة فى دفع غير المستحق وفى المصروفات الضرورية والنافعة وفى البناء والغراس فى أرض الغير وفى غير ذلك من تطبيقات خاصة لقاعدة الإثراء بلا سبب .

ويبدو أن المشرع المصرى فى التقنين القديم تأثر بما كان العمل يجرى عليه فى القانون الفرنسى وقت صدور التقنين المصرى . فقد صدر التقنين المختلط فى سنة ١٨٧٥ والتقنين الأهلى فى سنة ١٨٨٣ . وهذا هو الوقت الذى كان القانون الفرنسى يجتاز فيه مرحلته الثانية ، وكان يخلط فى هذه المرحلة بين الفضالة والإثراء بلا سبب كما رأينا . والنص المصرى يحمل أثر هذا الخلط واضحاً . فهو فى صدره يتحدث عن أركان الفضالة ، وفى عجزه يبين أحكام الإثراء بلا سبب ، فيخلط بين الإثنين خلطاً كان سبباً فى اضطراب الفقه والقضاء فى مصر مدة غير قصيرة .

ويجتاز القضاء المصرى مرحلة أولى لا يميز فيها بين الفضالة والإثراء بلا

١٩١٨ - ١ - ٢١١ ما يأتى :

« Attendu que l'action de in rem verso, fondée sur le principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui, doit être admise dans tous les cas où le patrimoine d'une personne, se trouvant, sans cause légitime enrichi aux dépens de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit, ou d'un quasi-délit. »

ثم تمتعت بعد ذلك أحكام محكمة النقض الرئيسية فى هذا الموضع .

سبب . فيتكلم عن واحدة وهو يقصد الأخرى (١) .

ثم يدخل مرحلة ثانية يميز فيها بين القاعدتين . ريجرز قاعدة الإثراء بلا سبب مستقلة عن قاعدة الفضالة ، لها قوام ذاتي وكيان مستقل ، وهو يقتضى فى ذلك أثر القانون الفرنسى فى مرحلته الثالثة على الرجح الذى أسلفناه . وتبدأ هذه المرحلة بحكم تصدره محكمة الاستئناف المختلطة فى سنة ١٨٩٩ (٢) أى بعد دخول القانون الفرنسى فى مرحلته الثالثة بوقت قصير (٣) . ولكن القضاء المصرى . فى هذه المرحلة الثانية . يبنى حائراً أمام النص الغامض المضطرب بين الفضالة والإثراء بلا سبب (م ٢٠٥/١٤٤) . وتفسر محكمة الاستئناف المختلطة النص على أنه يتمحض لتقرير قاعدة الإثراء بلا سبب ، وتكل أحكام الفضالة إلى قواعد العدالة والقانون الطيعى (٤) .

وفى المرحلة الثالثة ، وتبدأ بحكم تصدره محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة

(١) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة فى ٤ ديسمبر سنة ١٨٨٤ بوربلى م ٢٠٥ رقم ١ — حكماً ثانياً فى ١٧ مايو سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية المختلطة ١٣ ص ٢٢٤ (راجع ملاحظات على هذا الحكم فى رسالة الدكتور (Maravent) المنشورة فى مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير — فبراير م ٣٠) — حكماً ثالثاً فى ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٨٥ (أنظر أيضاً فى هذا الحكم رسالة الدكتور Maravent م ٣١ — م ٣٢) — أنظر أيضاً محكمة الاستئناف الأهلية فى ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ الحقوق ١٨ م ١٠٩ — حكماً ثانياً فى ٢٠ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٣٠ م ٢٨١ .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٦ مارس ١٨٩٩ م ١١ ص ١٦٢ . وسبق هذا الحكم حكم آخر من المحكمة ذاتها فى ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ (م ٧ ص ١٢٢) رسم خصائص دعوى الإثراء بلا سبب فى دقة وردعها إلى سندها القانونى الصحيح ، أى إلى قواعد العدالة ، ولكن المحكمة سرعان ما عدلت عن هذا الموقف فى حكمها الصادر فى ١٦ مارس سنة ١٨٩٩ وهو الحكم المشار إليه ، وسرى بيان ذلك .

(٣) وقد رأينا أن القانون الفرنسى دخل فى مرحلته الثالثة منذ سنة ١٨٩٢ .

(٤) وقد صدر بعد هذا الحكم أحكام كثيرة من محكمة الاستئناف المختلطة تطبق صراحة مبدأ الإثراء بلا سبب : محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٥٣ — حكماً ثانياً فى ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٥٧ — حكماً ثالثاً فى ٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٠١ — حكماً رابعاً فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٢ — حكماً خامساً فى ٢٨ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٣٩ — حكماً سادساً فى ٢١ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٣٣ — حكماً سابغاً فى ٢٢ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤١ — حكماً ثامناً فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ ص ٥٣ — حكماً تاسعاً فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١٥ .

في سنة ١٩١٧ . لا تقتصر هذه المحكمة على التمييز بين الفضالة والإثراء بلا سبب . بل هي ترد كل قاعدة إلى سندها القانوني الصحيح . فتقتصر نص المادتين ٢٠٥/١٤٤ على الفضالة . وتستمد مبدأ الإثراء بلا سبب من قواعد العدالة والقانون الطبيعي . فتصحح بذلك وضعا بدأ مقابلاً (١).

ويبقى الفقه والقضاء في مصر . طوال هذه المرحلة الثالثة في ظل التقنين القديم ، يميزان بين القاعدتين ويردان كل قاعدة إلى أصلها . ولكنهما يبقيان كذلك . متأثرين دائماً بالقانون الفرنسي . يقيدان من قاعدة الإثراء بلا سبب . فيقولان مع الفقه والقضاء في فرنسا إن دعوى الإثراء دعوى احتياطية وإن الإثراء يجب أن يبقى قائماً وقت رفع الدعوى (٢). وإن كان جانب من الفقه في عن دعوى الإثراء الصفة الاحتياطية كما سنرى .

وكان لا بد من أن يصدر التقنين المدني الجديد حتى يدخل القانون المصري في مرحلته الرابعة التي يخرج فيها قاعدة الإثراء بلا سبب من هذين القيدين الآخرين المتخلفين عن أعقاب الماضي . وهذه المرحلة الرابعة التي وصل إليها التقنين المدني الجديد لا يزال القانون الفرنسي ، على ما رأينا . يرده الإحجام عنها .

٧٥٠- التقنين المصري الجديد: خطأ التقنين المصري الجديد كما ذكرنا إلى المرحلة الرابعة ، فأبرز قاعدة الإثراء بلا سبب متميزة بالخصائص الآتية :
١ - جعلها قاعدة مستقلة قائمة بذاتها . كمصدر من مصادر الالتزام .

(١) أنظر محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة في ٦ يناير سنة ١٩١٧ جازت ٧ ص ٩٠ . وقد اضطرت هذه المحكمة بعد أن ردت الفضالة إلى المادة ٢٠٥ من القانون المدني المختلط أن تعدل من أحكام هذا النص في تحديد آثار الفضالة ، حتى تجعل الفضولي يسترد المصروفات الضرورية والنافعة دون أن يقتصر على أدنى القيمتين كما ورد في النص .

(٢) محكمة الاستئناف الأهلية في ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٤٠ - محكمة الاستئناف المختلطة في ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٨ - حكم ثان في ٢٨ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤١٧ - حكم ثالث في أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٧ - حكم رابع في ١٤ يونيو سنة ١٩٣٣ جازت ٢٥ ص ٣٩٣ . وانظر في الفقه : والتون ٢ ص ١٩٠ - س ١٩١ - ذص فقرة ٧٠٥ وما بعدها - الوجز للمؤلف فقرة ٣٩٤ ومع ذلك أنظر فقرة ٣٩١ - حشمت أبو ستيت فقرة ٥٣٣ (ويقرر في شيء من التردد أن الإثراء يجب أن يكون موجوداً وقت رفع الدعوى : فقرة ٥٤١) .

٢ - خضع الوضع الذي كان مقلوباً ، فجعل الفضالة ودفع غير المستحق تطبيقين لمبدأ الإثراء بلا سبب . فهذا المبدأ هو الأصل . وهذان التطبيقان هما المبدأان يتفرعان عنه . وقد رأينا أن مبدأ الإثراء بلا سبب كان قبلاً يتفرع عن الفضالة . ويسمى بالفضالة الناقصة .

٣ - حرر مبدأ الإثراء بلا سبب مما كان باقياً من قيوده التقليدية ، فنبهه على الصفة الاحتمالية ونص على أن الإثراء لا بشرط فيه أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى .

وبذلك استكمل مبدأ الإثراء بلا سبب في ظل التقنين الجديد نموه . وانفسحت أمامه سبل التطور . وسرى تفصيل كل ذلك فيما يلي .
وليس التقنين الجديد دعاً فيما استحدث ، فقد سبقه إلى السير في هذا الطريق كثير من التقنينات الحديثة (١) .

ونستعرض في فصلين متعاقبين : (أولاً) القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب . (ثانياً) أبرز تطبيقات لهذه القاعدة : دفع غير المستحق والفضالة (٢) .

الفصل الأول

القاعدة العامة : الإثراء بلا سبب (*)

٧٥١ - النصوص : قدمنا أن القانون المصري القديم لم يشتمل

(١) من ذلك التقنين الألماني (م ٨١٢) والتقنين السويسري (م ٦٢ من قانون الالتزامات) والتقنين البولوني (م ١٢٣) والتقنين اللبناني (م ١٤٠) والشروع الفرنسي الإيطالي (م ٧٣) .

(٢) يوجد عدا ذلك في التقنين الجديد نصوص تشريعية وردت في حالات خاصة ، ويجب في هذه الحالات تطبيق النصوص كما وردت دون تطبيق القواعد العامة لدعوى الإثراء ، فإن هذه النصوص إنما هي دعوى الإثراء ذاتها محورة تحويراً يناسب كل حالة . من ذلك البناء والفراس في أرض الغير (م ٩٢٤ - ٩٢٥) ، والبناء والفراس من التفجيع في المقار الشفوع (م ٩٤٦) والمصروفات الضرورية والنافعة (م ٩٨٠) . كما توجد نصوص هي تطبيقات عضة لمبدأ الإثراء بلا سبب فيطبق هذا المبدأ كما هو في الحالات التي وردت فيها هذه النصوص (من ذلك م ١٤٢ وم ١٦٠ وم ١٨٦ وم ١٩٦ وم ٣٣٣ وم ٦٨٨ فقرة ٣ وم ٨٩٧) .
(*) المراجع : دى هانس الجزء الثاني - هالتون الجزء الأول - والتون الجزء الثاني - الدكتور عبد السلام ذهني بك في الالتزامات - الدكتور محمد ومية في الالتزامات - الدكتور =

على نص يورد قاعدة عامة للإثراء بلا سبب . بل اقتصر على إيراد نص مضطرب في الفضالة . ونصوص أكثر عدداً في دفع غير المستحق . وإشارات متفرقة إلى مبدأ الإثراء بلا سبب في مختلف نواحي القانون (١) .

أما القانون الجديد فقد بدأ بنصوص تقرر القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب ، ثم تناول بعد ذلك صورتين خاصتين لهذا المبدأ هما دفع غير المستحق

= محمد صالح في أصول التعميدات - الموجز في الالتزامات للمؤلف - الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت في نظرية الالتزام - بلانيول وريبير وإسمان الجزء السابع - ديموج الجزء الثالث - أوربري ورو الجزء التاسع . الرسائل : الدكتور محمود أبو عافية في التصرف القانوني المحرر - ستويسكو (Stoicesco) باريس سنة ١٩٠٤ - بوشيه ليكلير (Bouché-Leclerc) باريس سنة ١٩١٢ - سافاتييه (Savatier) پواتييه سنة ١٩١٦ - لويس لوكاس (Louis Lucas) ديجون سنة ١٩١٨ - موري (Maury) تولوز سنة ١٩٢٠ - جيرونا (Gerona) باريس سنة ١٩٢٥ (في القانون الألماني) - الموزينو (Almosnino) باريس سنة ١٩٣١ - موزوي (Mosoiu) باريس سنة ١٩٣٢ - بيجته (Beguet) الجزائر سنة ١٩٤٥ - مارافان (Maravent) الرسالة منشورة في مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير وفبراير - فرانسوا جوريه (Fr. Goré) باريس سنة ١٩٤٩ . المقالات : لوبيير (Loubers) المجلة الانتقادية سنة ١٩١٢ - ريبير وتيسير (Ripert et Tesseire) المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٠٥ - رينار (Renard) المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٢٠ - رواست (Rouast) المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٢٢ - بيكار (Picard) المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٢٢ . التعليقات : لآبيه (Labbé) سيريه ١٨٩٠ - ١ - ٩٧ و ١٨٩٣ - ١ - ٢٨١ - بلانيول (Planiol) دالوز ١٨٩١ - ١ - ٤٩ - و ١٨٩٢ - ١ - ١٦١ - ساري (Sarrut) دالوز ١٨٩٢ - ١ - ١٦١ - فال (Wahl) سيريه ١٩٠٧ - ١ - ٤٦٥ - ناكيه (Naquet) سيريه ١٩١٠ - ١ - ٤٢٥ و ١٩١٨ - ١ - ٣١٣ - بوركار (Bourcart) سيريه ١٩١١ - ١ - ٣١٣ - رواست (Rouast) دالوز ١٩٢٣ - ٢ - ١٧ .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التيمیدی في هذا الصدد ما يأتي : « أوجز التقنين الحالي (القديم) إيجازاً مغلا في إيراد الأحكام الخاصة بنظرية الإثراء بلا سبب ، مع ما لها من أهمية بالغة . فلم يورد بشأن القاعدة العامة في الفضالة إلا نصاً واحداً تموزه الدقة ويسوده الغموض . وإذا كان رد غير المستحق قد شغل من نصوصه حيزاً أرحب ، فمن الملحوظ أن القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب لم تجد لها على التقیض من ذلك ، مكاناً في هذه النصوص ، اللهم إلا إشارات متناثرة في مختلف أجزاء التقنين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٩) .

والفضالة (١)

والنص الجوهري الذي يقرر القاعدة العامة في القانون الجديد هو المادة ١٧٩ ، وقد جرت بما يأتي :

« كل شخص . ولو غير مميز . يترى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر . يلزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة . ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد (٢) » .
التأصيل القانوني لقاعدة الإثراء بلا سبب

٧٥٢- مذاهب مختلفة - استنادها الى الفضالة (الفضالة الناقصة) :

كانت المحاولة الأولى لتأصيل قاعدة الإثراء بلا سبب تأصيلاً قانونياً هي ربطها بنظرية الفضالة ، لا على أن الثانية فرع عن الأولى كما هو الواقع . بل على أن الأولى هي التي تشتق من الثانية . فهي ضرب من الفضالة : فضالة ناقصة . أو هي امتداد لقواعد

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد أيضاً ما يأتي : « وقد بدأ المشروع (القانون الجديد) بتقرير القاعدة العامة في الإثراء بلا سبب ، ثم تناول بعد ذلك صورته الغالبين ، وهما رد غير المستحق والفضالة . وقد عزل المشروع أحكام الالتزام الطبيعي عن القواعد الخاصة برد غير المستحق رغم ما بينهما من تقارب ، وجعل للأولى مكانها بين النصوص المتعلقة بأثار الالتزام نزولاً على ما يقتضيه المنطق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٣٩) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :
١٥ - كل شخص ، ولو كان غير مميز ، يترى دون سبب على حساب شخص آخر ، يلزم بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ، على ألا يجاوز في ذلك القدر الذي أثرى به . ويبقى هذا الالتزام حتى لو زال الإثراء فيما بعد . ٢ - فإذا تبرع الثرى بما أثرى به كان من صدر له التبرع مسئولاً أيضاً عن التعويض ، ولكن بقدر ما أثرى .

لجنة المراجعة : تبنت المادة ٢٤٨ من المشروع ، واقترحت إدخال تعديلات لفظية وحذف الفقرة الثانية لعدم ضرورتها ، فأصبح النص النهائي ما يأتي : « كل شخص ولو غير مميز يترى دون سبب على حساب شخص آخر يلزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة . ويبقى هذا الالتزام قائماً حتى لو زال الإثراء فيما بعد » . وأصبح رقم المادة ١٨٤ في المشروع النهائي . مجلس النواب : وافق المجلس على المادة دون تعديل تحت رقم ١٨٤ . لجنة مجلس الشيوخ : تبنت المادة ١٨٤ ، واقترحت إضافة كلمة « مشروع » إلى عبارة « بدون سبب » . وافقت اللجنة على ذلك . وأصبح رقم المادة ١٧٩ . مجلس الشيوخ : وافق المجلس على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٠ - ص ٤٤١)

الفضالة حيث تختل أركانها . فالنضولى يجب أن يقصد تدبير شؤون رب العمل دون أن يفرض عليه هذا التدخل . فإذا انعدم هذا القصد ، أو تولى الفضولى شؤون غيره رغم إرادته . اختل ركن من أركان الفضالة . وترتب على اختلال هذا الركن تعديل بعض الأحكام ، فالمفتقر فى هذه الحالة لا يستد كالفضولى كل المصروفات الضرورية والنافعة بل يسترد أقل قيمتى إثراء الغير وافتقاره . والقائلون بهذا الرأى هم المتخلفون من أصحاب مدرسة الشرح على المتون . فقد ظلوا فى حيرة كيف يقيمون قاعدة الإثراء بلا سبب على غير نص تشريعى . ثم تلمسوا فى النضالة وهى قائمة على نصوص تشريعية سنداً تشريعياً ينسبون إليه القاعدة . فإثروها بعض أركان الفضالة وبعض أحكامها وأسماها الفضالة ناقصة .

والقول بأن الإثراء على حساب الغير فضالة ناقصة من شأنه أن يشوه كلا من النظريتين . فهناك فرق جوهري بينهما إذا جاز معه أن تعتبر الفضالة فى بعض نواحيها تطبيقاً لبعض أحكام الإثراء بلا سبب ، فهو فرق يمتنع معه أن يكون مبدأ الإثراء بلا سبب هو الذى يدخل فى حدود الفضالة . ذلك أن هذا المبدأ نزعته موضوعية لا ذاتية ، فلا عبرة فيه بالنية ، ويمكن أن يفتر شخص فيثرى شخص آخر على حسابه دون سبب قانونى حتى يرجع المفتقر على المثرى بدعوى الإثراء . أما الفضالة فزعتها ذاتية إلى حد كبير ، إذ أن أساسها هو قصد الفضولى أن يدبر شؤون رب العمل حيث تدعو الضرورة إلى ذلك . فما لم يوجد هذا القصد فلا فضالة . ومن ثم وجد الفرق فى الحكم : يرجع الفضولى بكل ما صرف جزاء ما قصد إليه ، ويرجع المفتقر بأقل القيمتين إذ هو لم يقصد خدمة المثرى . فالنظريتان مختلفتان إذن فى هذا الأمر الجوهري . وإذا أريد أن تكون إحداها تطبيقاً للأخرى ، فالأولى أن تكون نظرية الفضالة - فى الأصل الذى يبنى عليه رجوع الفضولى لا فى مدى هذا الرجوع - هى التطبيق لنظرية الإثراء بلا سبب .

٧٥٣- استنادها إلى العمل غير المشروع : ومنذ دالت د ، الشراح

على المتون ، ولم تعد قاعدة الإثراء بلا سبب فى نظر الفقه - ج إلى نص تشريعى تستند إليه ، تحررت القاعدة من ربقة النصوص التشريعية ،

ولسكنها بقيت ترسفت في أغلال التبعية . فلا بد أن يسندها الفقه إلى قاعدة قانونية أخرى معروفة تعيش في ظلها . فأسندت إلى قاعدة العمل غير المشروع ، إما عن طريق المقابلة وإما عن طريق الجمع ما بين القاعدتين تحت لواء المسؤولية التقصيرية .

فالذين يقابلون ما بين قاعدة العمل غير المشروع ، قاعدة الإثراء بلا سبب يقولون إن القاعدة في العمل غير المشروع هي أن كل من أضر الغير بخطأه يلتزم بالتعويض . كذلك القاعدة في الإثراء بلا سبب هي أن كل من أثرى على حساب الغير دون سبب يلتزم بالتعويض .

والذين يجمعون ما بين القاعدتين تحت فكرة العمل غير المشروع — وعلى رأسهم پلانيول — يعبرون عن المعنى المتقدم بأسلوب آخر . ويقولون إن الإثراء على حساب الغير هو عمل غير مشروع . ذلك أن من أثرى على حساب غيره لا يجوز له أن يستبقى هذا الإثراء وإلا ارتكب خطأ يكون مسئولاً عنه مسؤولية تقصيرية .

وعيب هذا الرأي واضح . فإن مصدر التزام المثرى دون سبب هو واقعة الإثراء . وهذه الواقعة لا يشترط فيها أن تفتقر بخطأ من المثرى . ولا هي في ذاتها تعد خطأ من المثرى ، حتى يمكن وصفها بأنها عمل غير مشروع . وغير المشروع إنما هو النتيجة التي أدت إليها الواقعة ، لا الواقعة ذاتها .

٧٥٤ — استنادها إلى قاعدة تحمل التبعية . وقد ذهب إلى ذلك الأستاذان

ريبير (Ripert) وتيسير (Teisseire) (١). فعندهما أن نظرية الإثراء بلا سبب ما هي إلا الوجه الآخر لنظرية تحمل التبعية . فهذه النظرية تقرر أن من كان نشاطه مصدراً لغرم تحمل تبعته . ونظرية الإثراء بلا سبب تقرر أن من كان نشاطه مصدراً للغنم جنى فائدته . فالمتقرر قد كان نشاطه — عملاً كان أو مالاً — مصدراً لنقل قيمة مادية إلى مال المثرى ، فوجب أن يسرد هذه القيمة لأنها من خلقه إذ هي نتيجة نشاطه . والغنم المستحدث (le profit créé) ليس إلا الوجه الآخر للغرم المستحدث (le risque créé) .

(١) أنظر المحلة الأصلية لقانون المدنى سنة ١٩٠٤ م ٧٢٢ .

وهذا الرأي تعوزه الدقة . إذ لو صح لترتب عليه أن كل شخص يثرى من وراء نشاط الغير يرجع عليه الغير بكل ما أثرى ، وليس بأدنى القيمتين فحسب . ولأصبح شرط الافتقار غير ضرورى . وسرى أن الافتقار والرجوع بأدنى القيمتين هما من الأحكام الأساسية في قاعدة الإثراء بلا سبب (١) .

٧٥٥ - قاعدة الإثراء بلا سبب لا تنسحب إلى قاعدة أئثرى بل هى قاعدة

مستقلة تقوم بذاتها: والواقع من الأمر أن قاعدة الإثراء بلا سبب هى قاعدة أصلية لا تنفرد عن غيرها . فهى مصدر مستقل من مصادر الالتزام ، وليست ملحقة بالفضالة (بل الفضالة هى التى تلحق بها) ، ولا بالعمل غير المشروع . ولا بتحمل التبعة . وهى تنصل اتصالاً مباشراً بقواعد العدالة ، المصدر الأول لكل القواعد القانونية . أليس العدل يقضى بأن من أثرى على حساب غيره دون حق يجب أن يعرض من افتقر ؟ فلماذا نذهب فى البحث عن سند للقاعدة إلى ما وراء هذا والقانون الرومانى ذاته ، وهو الذى أخذنا عنه القاعدة . يجعل أساسها العدالة (٢) ؟ أليس العمل غير المشروع مصدراً للالتزام ؟ فلماذا لا نبحث هنا عن الأساس القانونى للعمل غير المشروع ، ونبحث عنه فى الإثراء بلا سبب ، وكل من القاعدتين مرده العدالة ؟

وإذا سرفنا فى تحليل قاعدة الإثراء بلا سبب خطوة أبعد أمكن تأصيلها على الوجه الآتى :

الأصل أن مالك الشخص لا يندقل إلى شخص آخر إلا فى حالتين اثنتين : إذا اتفق الشخصان على ذلك ، أو كان القانون هو الذى قضى بانتقال المال . فإذا انتقل المال فى غير هاتين الحالتين وجبت إعادته إلى صاحبه ، وهذه هى قاعدة الإثراء بلا سبب (٣) .

(١) وقد رجح الأستاذ ريبير (Ripert) عن هذا الرأى فى كتابه « القاعدة الأدية » ، وأسند مبدأ الإثراء بلا سبب رأساً إلى قواعد الأخلاق .

(٢) أنظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٨ - وحكماً ثانياً فى ٢٢ يونية سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤١ - وحكماً ثالثاً فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ رقم ٤٢ ص ٥٣ - وحكماً رابعاً فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١٥ .

(٣) يقرب من هذا الدكتور أبو عافية فى رسالته « التصرف القانونى المجرد » القاهرة سنة ١٩٤٧ م ١٩٠ ص ١٩٢ .

وقد اقتضت هذه القاعدة العادلة ، على وضوحها ، رقعة طويلاً حتى تكسب قواماً مستقلاً ويكون لها كيان ذاتي ، لأنها قاعدة بنيت رأساً على العدالة والبداية ، فلم تصقلها الصنعة القانونية . والقانون لا يهضم من قواعد العدالة إلا ما تدخلت فيه الصياغة ، فحوكه من قواعد خلقية أو اجتماعية أو اقتصادية إلى قواعد قانونية تلزمها الناس في التعامل . ولذلك وجب أن نسير في طريق الصياغة إلى مدى أبعد ، وأن نكشف من هذه الناحية عن طبيعة هذا المصدر من مصادر الالتزام وعن مغايرته للمصادر الأخرى .

الواقعة التي ترتب الالتزام في ذمة المثرى هي واقعة الإثراء على حساب الغير دون سبب . وهي واقعة قانونية (fait juridique) لا عمل قانوني (acte juridique) ، ومن ثم اختلف الإثراء عن العقد . وهي واقعة مشروعة لأن الإثراء لا يستلزم أن يقترون به خطأ من المثرى كما قدمنا فقد يثرى وهو حسن النية بل قد يثرى دون علمه ، ومن ثم اختلف الإثراء عن العمل غير المشروع .

والإثراء واقعة تقوم على انتقال قيمة مالية من ذمة إلى أخرى دون أن يكون لهذا الانتقال سبب قانوني يركز عليه كمصدر له . وفي هذا أيضاً نرى أن الإثراء واقعة تختلف عن واقعة العقد وعن واقعة العمل غير المشروع .

فالإثراء بلا سبب يختلف إذن عن العقد وعن العمل غير المشروع من حيث طبيعته ومن حيث ما اشتمل عليه . ومن ثم فهو مصدر للالتزام مستقل قائم بذاته ، لا يستند إلى مصدر آخر ولا يتفرع عنه . وإنما يقوم رأساً على قواعد العدالة والمنطق القانوني ، كما يقوم العقد وكما يقوم العمل غير المشروع .

والتحليل على هذا الوجه يحدد أركان قاعدة الإثراء بلا سبب ويرسم أحكامها . أما الأركان فهي أن يكون هناك إثراء في جانب . يترتب عليه افتقار في جانب آخر . دون أن يقوم سبب قانوني لهذا الإثراء .

وأما الأحكام فتتلخص في أن المثرى يرد إلى المقتصر ما أثرى به الأول في حدود ما اقتصر به الثاني .

وسبق أن تعرضنا إلى تفصيل هذه الأركان والأحكام .

الفرع الأول

أركان الإثراء بلا سبب

٧٥٦- **أركانه ثلثة:** قدمنا أن أركان قاعدة الإثراء بلا سبب ثلاثة:

(١) إثراء المدين. (٢) افتقار الدائن المترتب على هذا الإثراء. (٣) انعدام السبب القانونى لهذا الإثراء. هذه هى أركان القاعدة إذا توافرت قامت دعوى الإثراء. وليس من الضرورى بعد ذلك ، كما قدمنا ، أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية أو أن يكون الإثراء باقياً وقت رفع الدعوى .

المبحث الأول

إثراء المدين

(Enrichissement du débiteur)

٧٥٧- **وجوب تحقق الإثراء:** أول ركن لقاعدة الإثراء بلا سبب هو أن

يتحقق إثراء المدين . ذلك . أن مصدر الالتزام الذى يترتب فى ذمته إنما هو هذا الإثراء . فلا بد من تحققه حتى يقوم الالتزام . أما إذا لم يتحقق الإثراء فلا التزام . كما لو وفى شخص ديناً عن شخص آخر وتبين أن هذا الدين قد سبق الوفاء به أو أنه لا وجود له . فهنا لم يتحقق الإثراء فى جانب الشخص الآخر ولا رجوع للشخص الأول عليه (١) . وإنما يرجع هذا بما دفع على من دفع له إذا توافرت شروط دفع غير المستحق على ما سئرى . ويمكن القول كذلك إن الصغير إذا اقترض مالا فأضاعه لم يكن مسئولاً ، لا بعقد القرض إذا أبطله . ولا بقاعدة الإثراء بلا سبب إذا ضاع المال فلم يتحقق الإثراء . والأصل فى الإثراء أن يكون إيجابياً ولكن يجوز أن يكون سلبياً ، وأن يكون مباشراً ولكن يجوز أن يكون غير مباشر ، وأن يكون مادياً ولكن يجوز أن يكون معنوياً .

(١) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة فى ٧ يونيو سنة ١٩٢٨ م ، ٤٠ ، ٥٠٢ .

الإثراء الإيجابي والإثراء السلبي :

٧٥٨- الإثراء الإيجابي : يتحقق الإثراء الإيجابي عادة بأن تضاف قيمة

مالية إلى ذمة المدين (١) . ويتم هذا بأن يكسب المدين حقاً ، عيئاً كان أو شخصياً . أو أن يزيد فيما يملك من ذلك . فإذا استهلك شخص قدراً من المياه أو النور عن طريق مواسير أو أسلاك خفية كان ما استهلكه قيمة مالية أثرى بها (٢) . وإذا أقام الحائز للعقار المرهون بناء في هذا العقار أثرى الدائن المرتهن من وراء هذا البناء إذ يزيد ضمانه . وإذا قام المستأجر الذي انفسخ عقد إيجاره قبل انقضاء مدته بتحسينات في العين المؤجرة : أو قام الراسي عليه المزارد بتحسينات في العين التي رسا عليه مزادها ثم نزع العين من يده : كان في هذا إثراء لمن تؤول إليه العين .

وقد يتحقق الإثراء الإيجابي لا من طريق إضافة قيمة مالية إلى ذمة المدين ، بل من طريق منفعة يجنيها أو عمل يستثمره (٣) . مثل المنفعة منزل انتفع به شخص دون عقد إيجار (٤) . ومثل العمل تصميم قام به مهندس (٥) أو لحن ألفه

(١) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ص ٨٥ .

(٢) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٢١ مارس سنة ١٩٠٠ م ص ١٧٠ .

(٣) ولم تخط قاعدة الإثراء بلا سبب هذه الخطوة إلا بعد تطور . فقد كان الفقه في فرنسا يشترط أن يتحقق الإثراء عن طريق إضافة حق إلى مال المدين (أوبري ورو ٩ فقرة ٥٧٨ - ديموج ٣ فقرة ١٥٠ - رنار ص ٢٤٨) . ثم تطور فأجاز أن يكون الإثراء ناتجاً عن منفعة أو عمل (بلايول وريير وإسمان ٧ ص ٤٨) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المطالبة بأجر الأرض مؤسسة على أن المدعى عليه شغلها بغير حق وبذلك حرم مالكها المدعى من الانتفاع بها ، وكان واقع الحال أن المدعى عليه قد ادعى أن للباقي الشغولة بها الأرض حتى البقاء والقرار عليها ورفض إزالتها ، ثم حكم بعدم حقه في ذلك وبوجوب الإزالة ، فإن المدعى يكون بهذا الحكم مستحقاً للتعويض عن فعل المدعى عليه بلا نظر إلى ادعائه عدم انتفاعه بالباقي بعض الزمن ، لأن المالك لم يتعهد له بهذا الانتفاع ، والأجر الذي يطلبه إنما هو في مقابل شغل أرضه بلا مسوغ قانوني لافي مقابل الانتفاع بالباقي . ولذلك يكون المدعى عليه مشلولاً عن أجر الأرض من يوم استحقاقه عليه إلى يوم إزالة الباقي . (محكمة النقض في ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٠ ص ١٥٧) .

وانظر أيضاً في الإثراء عن طريق الانتفاع بالعين انتفاعاً مؤقتاً محكمة النقض الفرنسية في ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ دالتوز الأسوع ١٩٢٩ - ١٨ .

(٥) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ص ٣٣٨ .

موسبقى وانتفع الغير بهذا أو بذلك دون عقد . ومثل العمل أيضاً خطية تعمل لخطيها دون أجر ثم لا يتم الزواج . وعارف الأنساب يهدى الوارث إلى ميراث كان يجهله دون اتفاق على الأجر . والسماح لا تتم الصنقة على يديه ولكنه هو الذى يجمع بين البائع والمشتري (١) .

٧٥٩- الإثراء السلبى : وقد يكون الإثراء سلبياً . ومن صور هذا الإثراء أن يوفى شخص بدين على آخر ، فيثرى هذا إثراء سلبياً عن طريق النقص فيما عليه من ديون . مثل ذلك المستأجر يقوم بالترميمات الجسيمة وهى واجبة على المؤجر ، والتاجر يحضر للزوجة ما تحتاج إليه من مؤونة ونفقها واجبة على الزوج ، والمشتري لعقار مرهون يدفع دين الراهن (٢) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلة بأن النجر الذى ينتفع بجهود شخص وبصلاته التجارية فى الخارج يكون قد آثرى على حسابه (محكمة الاستئناف المختلة فى ٤ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٦٥) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه «إذا اشترى أشخاص أرضاً ودفعوا ثمنها كاملاً للبائع ، ولم يلتزموا فى عقدهم بدفع أى دين على الأرض . ثم اشترى شخص آخر باقى الأرض المملوكة للبائع ، ووجد أنها مرهونة هى والأرض المبيعة لسواه من قبل ، فسد ما على الأرض كلها من ديون ، كان الذين اشترؤا قبله ملزمين بأن يسددوا للمشتري المذكور ما دفعه عن أرضهم ، لأنه مع التسليم بعدم التزام هؤلاء المشترين شخصياً بالدفع ، إلا إنهم قد استفادوا فضلاً من دفع صاحب الأرض المشتركة مع أرضهم فى ضمان الدين . ولا يجوز أن يستفيدوا هذه الفائدة على حساب غيرهم بدون مقابل ، خصوصاً وأن المشتري لم يكن متطوعاً فى سداد ذلك الدين ، بل كان مجبراً على سداده ليدفع عن أرضه خطر نزع الملكية ، ولم يكن لديه وسيلة أخرى لدفع هذا الخطر مادام أن الدين مضمون برهن غير قابل للتجزئة على أرضه وأرض الباقيين . والقول بغير ذلك وبعدم التزام من اشترؤوا قبلاً بدفع ما سدده عنهم للمشتري الأخير من الدين المطلوب على أرضهم فيه كل معنى الإثراء على حساب الغير ، لأن الإثراء كما يكون بأخذ مبلغ بلا مقابل يكون أيضاً بتوفير مبلغ واجب الدفع ، لأن هذا التوفير يزيد من طريق غير مباشر فى ثروة اللزوم بالدفع ، فبدلاً من أن تنقص تبقى كما هى» (محكمة استئناف مصر فى ٢١ أبريل سنة ١٩٣٥ الحاماة ١٦ رقم ٧٥ ص ١٦١) .

وقضت محكمة النقض بأن «السكفيل الذى يضمن أحد المدينين المتضامنين يملك قبل من كلفه منهم الحق فى المطالبة بجميع ما دفعه عنه عملاً بالمادة ٥٠٥ من القانون المدنى (م ٨٠٠ جديد) ، وليس له قبل المدينين الآخرين إلا أحد سبيلين : (الأول) أن يستعمل باسم مكفوله حقه قبلهم فى المطالبة بما يجوز له أن يرجع به عليهم وذلك عملاً بالمادة ١٤١ من القانون المدنى (م ٢٣٥ جديد) . (والثانى) أن يرجع عليهم بدعوى الإثراء على حساب الغير عملاً بالمادة ١٤٤ =

ومن صور الإثراء السلبى كذلك أن يجنب الشخص خسارة كان وقوعها متعاضداً . فيترى إثراء سلبياً بقدر ما تجنب من خسارة . مثل ذلك الجار يتلف متاعاً له حتى يطفىء حريقاً شبت في منزل جاره . وربان السفينة يلتقى ببعض ما تحمل السفينة حتى ينقذ السفينة من الغرق (١) .

الإثراء المباشر والإثراء غير المباشر :

٧٦٠- الإثراء المباشر : يكون الإثراء مباشراً إذا انتقل، في أية صورة من صوره . مباشرة من مال المقتدر إلى مال المثرى . إما بفعل المقتدر وإما بفعل المثرى نفسه . مثل الانتقال بفعل المقتدر من يدفع دين غيره ، والمستأجر يقوم بالترميمات الحسمة في العين المؤجرة (٢) . ومثل الانتقال بفعل المثرى

== (م ١٧٩ جديد) (محكمة النقض في ٧ يناير سنة ١٩٣٧ بمجموعة عمر ٢ رقم ٢٤ ص ٦١) .

أنظر أيضاً في الإثراء عن طريق سداد دين على المثرى محكمة النقض الفرنسية في ١٢ فبراير سنة ١٩٢٩ جازيت دى باليه ١٩٢٩ - ١ - ٦١٥ - وحكما آخر في ٤ يونية سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٦ - ١ - ١٠٢ .

(١) ومثل ذلك أيضاً - من قضاء محكمة النقض - أن يتقدم ناظر وقف يطلب شراء أطلان بمال البذل المتجدد ، فيتقدم شخص محنّباً يعارض في إتمام الصفقة ، ويثبت أن الأطلان المراد شراؤها ليست ملكاً للبائع بل هي موقوفة ولا يصح التصرف فيها . فيسهر جهده فائدة كبرى لجهة الوقف إذ يقيه ضياع آلاف من الجنيهات كانت على وشك الضياع لو تم الاستبدال الذى عمل على منعه . فالشخص المحنّب هنا قد اختار بقدر ما تكلمه من مصروفات وأتخاب حمامة للوصول إلى النتيجة التي وصل إليها ، وجهة الوقف قد أثرت على حسابه بقدر ما جنبها من خسارة كانت على وشك تحملها . وتكون مطالبة هذا الشخص المحنّب لجهة الوقف بما تجشمه من مصروفات وأتخاب حمامة هي مطالبة من أذد لمنفعة بما استفاد ، وتكون دعواه هي دعوى الإثراء بغير سبب (محكمة النقض في ٤ يونية سنة ١٩٣٦ بمجموعة عمر ١ رقم ٣٧٣ ص ١١٤٥) .

أنظر أيضاً في الإثراء عن طريق تجنب المثرى خسارة أو التوفير عليه في مصروف محكمة النقض الفرنسية في ١٥ يناير سنة ١٨٦٦ دالوز ٦٦ - ١ - ٧٥ (إطفاء حريق) - وحكما آخر في ٢٣ أبريل سنة ١٩١٢ سيري ١٩١٢ - ١ - ٥١٣ . وانظر في هذا المعنى بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٨٤٩ (١٨) - دينوج ٣ فقرة ١٤٩ .

(٢) أنظر في أمثلة أخرى من القضاء المصرى محكمة استئناف مصر في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٤٣ (الراسى عليه المزداد أحدث إصلاحات في العين التي رسا مزادها عليه) - محكمة الاستئناف المختلطة في ٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٠١ وفي ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٥ (المستأجر الذى أبطل لإيجاره أو نسخ أحدث إصلاحات في العين المؤجرة) - محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٨ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٣٩ وفي ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٨ (المهندس الذى قام بعمل مشروعات أو =

من يستولى على مال لغيره دون حق . ومن يسهلك المياه والنور من مواشير وأسلاك خفية (١). وقد يكون الانتقال بقوة قاهرة . كما يحدث في طرح البحر ، فيكون الإثراء مباشراً .

٧٦١- الإثراء غير المباشر: ويكون الإثراء غير مباشر إذا تدخل أجنبي

في نقله من مال المقتقر إلى مال المثرى . وقد يقع تدخل الأجنبي عن طريق عمل مادي كريان السفينة يلتي ببعض ما تحمل إلى البحر لإنقاذ الباقي من الغرق ، وكفرقة إطفاء الحريق تتلف متاعاً للغير حتى تتمكن من إطفاء الحريق ، وكالمغتصب يبنى بمواد غيره في الأرض المغتصبة (٢) . وقد يقع التدخل عن طريق عمل قانوني . مثل ذلك أن يشتري شخص سيارة من آخر ، ثم يدفعها إلى «ميكانيكي» لإصلاحها . وينسخ عقد بيع السيارة ، فيرجع الميكانيكي وهو المقتقر بمصروفات الإصلاح على البائع وهو المثرى . ويكون المشتري هنا هو الأجنبي الذي تدخل بعمل قانوني في نقل الإثراء من المقتقر إلى المثرى . والعمل القانوني هو عقد المعاولة الذي أبرمه المشتري مع الميكانيكي لإصلاح السيارة (٣) . ومثل ذلك أيضاً مستأجر الأرض الزراعية يشتري سباً للأرض من تاجر دون أن يدفع ثمنه ، فإذا حجز المالك على زراعة المستأجر التي انتفعت

تصميمات) — محكمة الاستئناف المختلطة في ٤ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٦٥ وفي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازت ١٧ ص ٤٢ وفي ١٠ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٣٧ وفي أول مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٦٨ (التاجر والحامي والسمار يؤدون خدمات دون سابق اتفاق) .

(١) استئناف مختلط في ٢١ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧٠ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) . أنظر أيضاً استئناف مختلط في ١٩ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٨ (شخص ينتفع بنقود مملوكة لغيره دون عقد قرض) — استئناف مختلط في ٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٣٨ (شخص يسكن عقاراً مملوكاً لغيره دون عقد إيجار) .

(٢) وقد يكون الأجنبي التدخل بعمل مادي هو ناظر الوقف يقترض مالا دون إذن القاضي يدخل به تحيينات على العين الموقوفة فيعطل القرض ويرجع القرض على الوقف بدعوى الإثراء (محكمة الاستئناف المختلطة في أول مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٥٩) وأنظر أيضاً استئناف مختلط في ١٢ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٦ وفي ٢١ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٢٣ وفي ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٥ . وأنظر أيضاً استئناف مختلط في ٢ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٦١ .

(٣) وللميكانيكي بداهة أن يرجع على المشتري الذي تعاقد معه على إصلاح السيارة بدعوى العقد .

بالمهاد جاز للتاجر وهو المفتقر أن يرجع على المالك وهو المثرى بقدر ما عاد به المهاد على الزراعة من نفع في حدود الثمن . والأجنبي الذى تدخل هنا هو المستأجر . وتدخله وقع عن طريق عمل قانونى هو شراء المهاد (١) . ومثل ذلك أخيراً أن يعتمد مدير شركة إلى اختلاس أسهم لها برهنها في قرض يعود بالنفع على شركة أخرى هو أيضاً مديرها ، فترجع الشركة الأولى وهى المفتقرة على الشركة الثانية وهى المثرية بدعوى الإثراء . والأجنبي الذى تدخل هنا هو المدير الذى اختلس الأسهم . والعمل القانونى الذى عن طريقه تم التدخل هو عمل من أعمال الإدارة قام به المدير بالنسبة إلى الشركة الثانية فجعلها تنفع بالقرض الذى حصل عليه برهن الأسهم المختلة (٢) .

(١) أنظر مارافان (Maravent) في رساله المنشورة في مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير وفبراير ص ٧٢ — هذا وقد قضت محكمة استئناف أسبوط بأنه وإذا عرض المالك أرضه للتأجير بالمراد ورسا مزادها على شخص دفع التأمين ، وبعد فوات المدة المسموح فيها بتقديم عطاءات جديدة زرع الأرض ثم أجرها المالك لآخر بناء على شرط في فائمة المزداد يسمح له بذلك ، كان المالك ملزماً بأن يرد إلى من رسا عليه المزداد قيمة ما صرفه في الزراعة لأنه زرع في أرضه بحسن نية ولأنه لا يجوز قانوناً الإثراء بلا مقابل . وإذا كان المالك سلم الأرض بما عليها من الزراعة إلى مستأجره حق له أن يطالبه بما انتفع به من زرع غيره . أما الراسى عليه المزداد فلا علاقة له بالمستأجر حتى يطالبه بشئ ما . (استئناف أسبوط في ٢١ يناير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٣٩ من ٧٢) . هذا ويلاحظ هنا أن الإثراء في حالة رجوع الراسى عليه المزداد على المالك هو إثراء مباشر ، وفي حالة رجوع المالك على المستأجر هو إثراء غير مباشر بتدخل من الراسى عليه المزداد عن طريق أعمال مادية أو أعمال قانونية وفقاً لطبيعة العمل الذى قام به الراسى عليه المزداد لزراعة الأرض .

وكالمستأجر للأرض الزراعية يفرس فيها زرعاً للمقاول يقيم بناء على أرض مؤجرة تنفيذاً لعقد يتم بينه وبين المستأجر ، فيجوز للمقاول الرجوع على المالك بدعوى الإثراء ، والإثراء هنا غير مباشر بتدخل من المستأجر عن طريق عمل قانونى هو العقد الذى تم بينه وبين المقاول (أنظر محكمة مصر الابتدائية الوطنية في ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٠ ص ٤٧٠) . ودعوى الإثراء التى تعطى للمقاول في هذا القرض هى غير حق الامتياز الذى قرره القانون المدنى الجديـد للمقاولين (قانون حكم محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣) — ويلاحظ في هذه الأمثلة أن المؤجر لم يشترط في عقد الإيجار أن يكون البناء أو الفراس له عند نهاية الإيجار وإلا لكان لإثرائه سبب هو عقد الإيجار كما سيأتى .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٢٧ . أما الفقه في مصر فكالتضاء يثير الإثراء غير المباشر (والنون ٢ ص ١٧٤ — ١٧٧ — الوجز للمؤلف فقرة ٣٨٦ — حشمت أبو ستيت فقرة ٥٣٧) . — ولا يثير القساوتان الألمانى والسويسرى =

النتهاء في مصر (١) وفي فرنسا (٢) يقولون بجواز أن يكون الإثراء معنوياً ما دام من المستطاع أن يقدر بمال ، سواء في ذاته أو من ناحية الافتقار الذي يقابله (٣) . وبهذا الرأي جرى القضاء في فرنسا (٤) وفي مصر (٥) .

(١) والتون ٢ ص ١٨٦ — الموجز للدولف فقرة ٣٧٩ ص ٣٨٧ — الدكتور حشمت في نظرية الالتزام فقرة ٥٣٥ ص ٣٩٠ — مارافان (Maravent) مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ ص ٥٩ — ص ٦١ .

(٢) بلانيول وريبير وإسبان ٧ فقرة ٧٣٥ ص ٤٩ — رواست (المجلة الفصلية لقانون المدني سنة ١٩٢٢) ص ٥٤ — موسيو (Mosiou) ص ١٩٧ وما بعدها — بلانيول وريبير وبولانجيح ٢ فقرة ١٢٦٧ — جوسران ٢ فقرة ٥٦٩ — ديموج ٣ فقرة ١٥٠ ص ٢٤١ .

ويلاحظ أن الإثراء المعنوي في قاعدة الإثراء بلا سبب عانى من الصعوبات في الاعتراف به ما عاناه الضرر الأدبي (préjudice moral) في نظرية المسؤولية التقصيرية . على أن الضرر الأدبي قد أصبح الآن معترفاً به إلى حد أعمد من المد الذي اعترف فيه بالإثراء المعنوي (أنظر في هذا المعنى ديموج ٣ فقرة ١٥٠ ومارافان مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ ص ٦٠) . ويقول الأستاذ فرانسا جوريف في كتابه في الإثراء على حساب الغير (باريس ص ٦٢ — ص ٦٣) إن التعويض عن الضرر الأدبي في المسؤولية التقصيرية أوسع مدى من التعويض عن الإثراء المعنوي في قاعدة الإثراء بلا سبب . ويعمل ذلك بأن التعويض في المسؤولية التقصيرية ليس عديلاً (équivalent) عن الحسارة التي لحقت بالضرر ، بل هو عوض (compensation) عن هذه الحسارة ؛ أما في الإثراء بلا سبب فالتعويض هو تعديل الإثراء لا عوض عنه . والعدل غير العوض ، إذ الحسارة الأدبية التي لا يمكن تقديرها بمال قد يكون لها عوض ولا يكون لها تعديل . فإذا لم يكن الإثراء المعنوي مما يمكن تقديره بمال تندر أن يكون له تعديل ، وإن جاز أن يكون له عوض ، فلا يصح أن يقوم ركناً في قاعدة الإثراء بلا سبب . ونحن نرى أن التمييز ما بين التعديل والعوض في نظرية الإثراء بلا سبب دون نظرية المسؤولية التقصيرية إنما يرجع إلى متخلف من نزعة الاستعصاء المألوفة التي لا تزال نظرية الإثراء بلا سبب تواجهها حتى اليوم .

(٣) أنظر بلانيول وريبير وإسبان ٧ فقرة ٧٥٣ ص ٤٩ — مارافان مجلة مصر المصرية ص ٦١ .

(٤) محكمة النقض الفرنسية في ١٥ بولية سنة ١٨٧٣ داللو ٧٣ — ١ — ٤٥٧ — وفي ١٣ يولية سنة ١٨٩٢ داللو ٩٢ — ١ — ٥٩٦ — وفي ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٠٨ داللو ١٩١٢ — ١ — ٢١٧ — وفي ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٠ داللو ١٩١١ — ١ — ١٧٧ — وفي ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ داللو الأسبوعي ١٩٢٩ ص ١٨١ — محكمة موبيلييه في ٣ فبراير سنة ١٨٦٩ داللو ٦٩ — ٢ — ٢١٣ (الأجر عن التدريس في حالة إعمار والد التلميذ وسترى في موضع آخر أن إثراء التلميذ هنا له سبب قانوني) — محكمة إكس في ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٨٨ سيريه ٩٠ — ٢ — ٢٥ (تحمين حالة مريض في مستشفى الأمراض العقلية وكانت قواعد الفضالة هي المطبقة في هذه القضية) .

(٥) محكمة الاستئناف في ٤ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٦٥ (الانتفاع =

المبحث الثاني

افتقار الدائن

(Appauvrissement du créancier)

٧٦٤- الافتقار وعموقة السبب بالإنشاء: الركن الثاني لقاعدة الإنشاء

بلا سبب هو افتقار الدائن افتقاراً ترتب عليه إثراء المدين . فيجب إذن أن يكون هناك افتقار في جانب الدائن ، وأن تكون هناك علاقة سببية مباشرة ما بين افتقار الدائن وإثراء المدين (١).

٧٦٥- وجوب تحقق الافتقار . فإذا تحقق الإنشاء في جانب شخص .

ولم يقابله افتقار في جانب الشخص الآخر . لم يكن هناك مجال لتطبيق قاعدة الإنشاء . ذلك أن المثري لا يلتزم إلا بدفع أدنى القيمتين ، قيمة الإنشاء وقيمة الافتقار ، والمفروض أن الافتقار معدوم فلا يلتزم المثري إذن بشيء .

== بالصلات التجارية وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) — ومع ذلك أنظر حكماً لمحكمة طنطا الوطنية في ٢٦ يونية سنة ١٩٣٥ (الحاماة ١٥ رقم ٣٣٢ ص ٤٠٧) تقول فيه : « أما الإثراء الأدبي الذي يستتبع تحسين حالة فرد أو جماعة من ناحية أدبية احتمالية محضة فلا يعطى حقاً في دعوى الإثراء بلا سبب وإن كان القضاء الفرنسي قد أجاز أخيراً هذه الدعوى للدائن التي زاد في ثروة المدين العقلية والحلقية كالمرى » .

ونحن لا تردد في القول بجواز أن يكون الإثراء معنوياً — وقد استعملنا لفظ « المعنوي » هنا بمعنى واسع فشمل الإثراء الصحي والجسمي ويعتبر هذا النوع من الإثراء عادة لإثراء ذات قيمة مادية ، سواء في ظل القانون المدني القديم أو في ظل القانون المدني الجديد (أنظر مارافان مجلة مصر العصرية ص ٦١ حاشية رقم ٦) . فلو أن بثة للآثار وفتت إلى كشف أثرية تزيح الغموس عن حقائق علمية وتاريخية ، وكان الاتفاق بينها وبين مصلحة الآثار أن يكون لهذه المصلحة ملكية هذه الكشف ، لجاز في رأينا أن يكون لدائني هذه البثة الرجوع على مصلحة الآثار بما أثرت به من قيم معنوية — وهنا يمكن تقديرها بالمال — في حدود ما لهم من ديون في ذمة البثة صرفت في القيام بهذه الكشف الأثرية .

(١) وقد رأينا أن بعض الفقهاء يذهب إلى أنه يكفي إثراء المدين دون أن يقابل ذلك افتقار في جانب الدائن ، ويقيرون قاعدة الإثراء بلا سبب على المنفعة المستحقة (profit créé) مقابلين بينها وبين الضرر المستحدث (risque créé) . ولكن هذه النظرية ، كظرفية الضرر المستحدث أو تحمل البثة ، لم يقبض لها النجاح لا في القضاء ولا في الفقه ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

ويترتب على ذلك أنه إذا أنشأ شخص حديقة في منزله بطل عليها منزل الجار . وجعل هذه الحديقة حتى أصبحت سبياً في رفع قيمة منزل الجار ، فالجار في هذه الحالة يكون قد أضر . ولكن صاحب الحديقة لم يفتقر ، فإنه أنشأ الحديقة لمنفعته وقد جنى هذه المنفعة كاملة ، وما أنفقه في إنشاء الحديقة ونجميلها قد عاد عليه بالفائدة التي قدرها . فهو قد أخذ المقابل لما أنفقه . ولم ينجر شيئاً ، فلا يرجع بشيء على جاره (١) .

كذلك إذا استحدث المستأجر ، دون اتفاق مع المالك ، إصلاحات في العين المؤجرة تريد في منفعتها ، واستوفى هذه المنفعة كاملة ، فإنه لا يرجع على المالك بشيء . وليس له إلا أن ينزع ما استحدثه من الإصلاحات وأن يعيد العين إلى حالتها الأصلية ، بل يجب عليه ذلك إذا طلب المالك (٢) .

(١) وقيل على هذا لكل حالة ينفع فيها الشخص جلب منفعة يستوفىها — يقوى جبراً أو يثق رعة أو يجعل متى أو يصنع حياً — فهو قد انفق جدر ما أنفق ، وإذا كان غيره قد أضر من عمله فهو لم تلحقه أية خسارة . ويمكن القول هنا إن الافتقار له سبب هو المنفعة التي حصل عليها . ولكن «سبب» الافتقار غير «سبب» الإضرار ، وسرى ذلك عند بحث ركن انعدام السبب (أنظر بلانويول وريمير وإسبان ٧ فقرة ٧٦١) .

ويلاحظ أن بعض المحاكم تفر خطأ عن المعنى الذي نحن بصدده بانعدام البنية المباشرة بين الإضرار والافتقار ، فتقول في شخص يتعمد لملحته فيضيد جاره عرضاً من هذا البناء ألا عمل هنا للمطالبة بدعوى الإضرار «لأن المنفعة جاءت من طريق غير مباشر» ... «وواجب أن يكون بين الاستفادة والضرر واطئة البنية» . (الولسلي في ١٧ يناير سنة ١٩٣٨ الجمعية الرسمية ١٨ رقم ٤٧٥ من ١٩٣٥) .

(٢) وسرى عند السلام في القضية أن للتأجير إذا أجرى إصلاحات في العين المؤجرة لمنفعة الشخصية لا يكون ضرراً ولا يتطبع أن يرجع بدعوى القضية على المالك ، لأنه لم يقصد عمله إلا تدمير شؤون الشخصية لا تدمير شؤون المالك . «المستأجر في هذه الحالة لا يرجع على المالك لا بدعوى القضية ولا بدعوى الإضرار بلا سبب» . وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بما يأتي : «إن عمل تخليق قطرة الإضرار بغير سبب على حساب الغير ودعوى الفضول هو أن يكون الإضرار بغير سبب من الأسباب للقانونية ولأن يكون عمل الفضول للمالك لا لحسابه الخاص لفرض الوصول إلى الاعتناق بالعين شخصياً . فتأجير الأرض التي يجري تحسينات فيها وتعميلها ويؤجر أشجاراً بقصد تسهيل وسائل الاستغلال والاستعمال الشخصي رغم الخطر الصريح عليه في عقد الإيجار بعدم إجراء شيء من ذلك إلا بأمر المالك ، يكون ملزماً بإزالة ما أحدثه بدون أن يكون له حق الرجوع على المالك بما أوجده من التحسينات في العين المؤجرة» . (استئناف مصر في ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٧ الجمعية الرسمية ٣٨ رقم ٨ من ١٧٥ — الحامدة ١٨ رقم ٧٢ من ١٩٥٠) . ويبدو أن المحكمة أسست رفض دعوى الإضرار على انعدام السبب القانوني ، وكان الأول أن تؤسس على انعدام الافتقار .

ويتحقق افتقار الدائن على النحو الذى يتحقق به إثراء المدين . فيكون لافتقار إيجابياً أو سلبياً ، مباشراً أو غير مباشر ، مادياً أو معنوياً .

٧٦٦- الافتقار الإيجابى والافتقار السلبى : يكون الافتقار إيجابياً إذا

فقد المفتقر حقاً ، عينياً كان أو شخصياً ، أو انتقص حقه . ويتحقق هذا عادة بالإتفاق . فإذا أنفق الراسى عليه المزداد لإصلاح العين التى رسا عليه مزادها ثم آلت العين إلى شخص آخر ، أو دفع شخص ديناً فى ذمة غيره ، أو قام مساهم فى شركة برفع دعوى تحمل نفقتها ليسترد من مدير هذه الشركة مالا لها فى يده (١) ، فى كل هذه الأحوال يكون هناك افتقار إيجابى فى جانب المفتقر .

ويكون الافتقار سلبياً إذا فات المفتقر منفعة كان من حقه أن يحصل عليها ، فيفتقر ، لا بقدر ما تحمل من خسارة كما فى الافتقار الإيجابى ، بل بقدر ما فاتته من منفعة . مثل ذلك أن يقوم المفتقر دون اتفاق بأداء عمل للغير ، فيفتقر بما فاتته من منفعة هى أجر هذا العمل . ومثل ذلك أيضاً أن يسكن شخص منزلاً لآخر دون عقد إيجار ، فيفتقر صاحب المنزل بما فاتته من منفعة هى أجرة منزله . ومثل ذلك أخيراً المهندس صاحب التصميم ، والموسيقى صاحب اللحن ، والعارف بالأنساب الذى هدى الوارث إلى ميراثه ، والسمسار الذى جمع ما بين البائع والمشتري ، كل هؤلاء افتقروا بما فاتهم من منفعة هى أجر عملهم ، فافتقارهم إذن سلبى (٢) .

ويلاحظ أن الافتقار السلبى لا يقابله ضرورة إثراء سلبى . فكثيراً ما يحدث أن يقابل الافتقار السلبى إثراء إيجابى ، كما هو الأمر فى الحالات المتقدمة وفى كل حالة أخرى يقدم فيها المفتقر عملاً أو منفعة للمثرى ، فإن الإثراء الناتج عن العمل أو المنفعة يكون إثراء إيجابياً ويكون الافتقار المقابل لهذا الإثراء

(١) محكمة الإسكندرية الابتدائية المخلطة فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١١ جازت ٢ ص ٦٣ — أنظر أيضاً محكمة الاستئناف المخلطة فى ٥ يونية سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٣٨ — وقارن محكمة الاستئناف المخلطة فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٢١ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المخلطة فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازت ١٧

افتقاراً سلبياً كما رأينا. وبالعكس قد يقابل الإثراء السلبي افتقار إيجابي ، فمن يدفع دين غيره يفتقر افتقاراً إيجابياً يقابله إثراء سلبي في جانب الدين .

٧٦٧- الافتقار المباشر والافتقار غير المباشر: وعلى العكس من ذلك

الافتقار المباشر والافتقار غير المباشر ، فكل افتقار مباشر يقابله إثراء مباشر . وكل افتقار غير مباشر يقابله إثراء غير مباشر . ذلك أن القيمة المالية إذا انتقلت مباشرة من مال المقتدر إلى مال المثرى فإن كلا من الإثراء والافتقار يكون مباشراً في هذه الحالة . وإذا انتقلت القيمة المالية بتدخل أجنبي . تدخل مادي أو تدخل قانوني ، فكل من الإثراء والافتقار غير مباشر . وقد مرت بنا الأمثلة على كل ذلك .

٧٦٨- الافتقار المادي والافتقار المعنوي وإذا كان الأصل في الافتقار

أن يكون ماديًا كما مر بنا في الأمثلة المتقدمة ، فإنه كالإثراء قد يكون معنويًا . فالشخص الذي نفع متجراً بصلاته التجارية الواسعة لم يفتقر افتقاراً ماديًا بل معنويًا (١). وهذا هو الشأن في افتقار المهندس الذي يعمل في مصنع فيعثر على اختراع يفيد منه المصنع (٢).

٧٦٩- السببية المباشرة بين الافتقار والإثراء: ولا يكفي أن يتحقق الافتقار.

بل يجب أيضاً ، كما أسلفنا أقول ، أن يكون هذا الافتقار هو السبب المباشر في إثراء المدين . وتقوم السببية المباشرة ما بين الافتقار والإثراء إذا كانت واقعة واحدة هي السبب المباشر لكل منهما ، كما رأينا في الأمثلة التي قدمناها في الصور المختلفة للإثراء والافتقار . فإذا دفع شخص دين غيره . فإن افتقاره وإثراء المدين لهما سبب مباشر واحد ، هو دفع الدين . وليس من الضروري أن تكون واقعة واحدة هي السبب المباشر لكل من الإثراء والافتقار ، بل يكفي حتى تترجم هذه السببية المباشرة الثابت من أن إثراء المدين لم يكن ليتحقق لولا افتقار الدائن . وهذه مسألة واقع لا مسألة قانون : يستخلصها قاضي الموضوع من ظروف القضية ولا معتق عليه

(١) محكمة الاستئناف المحظفة في ٤ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٦٥ (وقد سبق

الإشارة إلى هذا الحكم) .

(٢) محكمة الاستئناف المحظفة في ٢٦ مارس سنة ١٩١١ م ٢٢ ص ٣٣٨ .

في ذلك (١).

وعند تعدد أسباب الإثراء يجوز أن نحلل علاقة السببية المباشرة بين الإثراء والافتقار على النحو الذي حللناه به علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر في المسؤولية التقصيرية . ويمكن هنا أيضاً المفاضلة بين نظرتي تكافؤ الأسباب (équivalence des causes) والسبب المنتج (cause efficiente)، والوقوف عند نظرية السبب المنتج للقول بوجود سببية مباشرة ما بين الافتقار والإثراء . فإذا تبين أن الافتقار كان هو السبب المنتج للإثراء وجدت العلاقة المباشرة فيما بينهما .

ويترتب على ما قدمناه أن المدينة إذا اتسعت ورقعتها وعلت قيمة مبانيها ، فليس من الضروري أن تكون هناك سببية مباشرة ما بين اتساع رقعة المدينة وعلو قيمة المباني . فعلو هذه القيمة يرجع لأسباب متعددة قد يكون اتساع رقعة المدينة من بينها ، ولكن هذا السبب لا يكون في الراجع هو السبب المنتج ، إذ أن المباني في كثير من المدن الصغيرة عالية القيمة ، بل يحدث أن يكون صغر المدينة هو السبب في علو قيمة المباني (٢) . ولكن توسيع شارع قديم أو فتح شارع جديد يكون في كثير من الأحوال هو السبب المنتج في علو قيمة الأرض الواقعة على جانبي الشارع (٣) .

(١) مازافان مجلة مصر المصرية ص ٩١ - ص ٩٣ - ديموج ٣ مقالة ١٥٦ - أوبري ورو وبارتان ٩ ص ٣٥٨ - بلانيول وريبير وإسمان ٧ مقالة ٧٥٥ .

(٢) أنظر في هذا المعنى ديموج ٣ مقالة ١٥٦ ص ٢٥١ .

(٣) ويؤيد ذلك القرائن الخاصة التي تجعل للحكومة الحق في تقاضي تعويض من ملاك الأراضي على جانبي الشارع الجديد في مقابل ما ظفروا به من علو قيمة أراضيهم بسبب هذا الشارع الجديد .

هذا وهناك رأي يقضي بأنه إذا كان افتقار الدائن مقترناً بخطأ منه ، فلا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء (كولان وكابتان وجوليودي لامورانددير ٢ باريس سنة ١٩٤٨ مقالة ٤١١ ص ٢٩٩ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ باريس سنة ١٩٤٩ مقالة ١٢٦٩ - ذهني بك في نظرية الالتزام مقالة ٧٠٦) . ويستند هذا الرأي إلى حكم صدر من محكمة النقض الفرنسية (١١ يولية سنة ١٨٨٩ دالوز ١٨٨٩ - ١ - ٣٩٣) في قضية ثبت فيها أن مصرفاً أعطى مديناً قرضاً ليفي يدين عليه مضمون برهن في الدرجة الأولى ، وأهلل المصرف في أن يقوم بإجراءات الحلول على الدائن المرتهن الأول ، وترتب على هذا الإهمال أن الدائن المرتهن في المرتبة الثانية ارتفع إلى المرتبة الأولى . فرجح المصرف على هذا الدائن بدعوى الإثراء إذ قد استفاد من افتقار المصرف لأصبح في المرتبة الأولى وجاء المصرف بعده ، فرفضت المحكمة دعوى المصرف ، =

المبحث الثالث

انعدام السبب

(Absence de cause)

٧٧٠- تجرد الإثراء عن سبب يبرره . يجب . حتى تقوم دعوى الإثراء .

أن يتجرد الإثراء عن سبب يبرره . ذلك أن الإثراء إذا كان له سبب فلا محل لاسترداده ، وللمتري أن يحتفظ به مادام أن له سبباً يبرر الحصول عليه (١) . ولكن الفقهاء اختلفوا في تحديد معنى «السبب» . وكان هذا الاختلاف من أهم العوامل في تعقيد نظرية الإثراء وفي الغموض الذي أحاط بها حقبة طويلة . ونحن نستعرض في إيجاز بعضاً من هذه الآراء الفقهية المتعارضة ، ثم نبين معنى «سبب الإثراء» في القانون المصري الجديد .

== وبنت حكماً على أن المصرف قد أهدأ في عدم اتخاذ إجراءات الحلول . والرأى الصحيح في نظرنا أن المصرف ترضى دعواه لا لأنه أهدأ في عدم اتخاذ إجراءات الحلول كما ذهبت إليه محكمة القضا الفرنسية ، بل لأن الدائن الذى ارتفع إلى المرتبة الأولى قد أهدأ بسبب مشروع إذ استفاد بمقتضى مركز قانونى وضعه فيه القانون ، وسرى تفصيل ذلك في الكلام عن سبب الإثراء .

ولا يوجد في القواعد الصامدة التى يقوم عليها مبدأ الإثراء بلا سبب ما يؤيد الرأى الذى تقدمه . ذلك أنه متى ثبت أن شخصاً اقترع فاعثى غيره على حسابه دون سبب مشروع ، فإن العدالة تقضى بتعويض المفتر ، سواء اقترع اختفاره بإهمال منه أو لم يقترن . وإنما وجب التعويض لأن أحد الشخصين اغتنى على حساب الآخر دون سبب مشروع ، وهذا الأساس قائم سواء كان المفتر مهملًا أو غير مهمل .

يؤيد ذلك أن التطبيقات التشريعية لمبدأ الإثراء بلا سبب لم يخل بعضها من أن يكون المفتر فيها مهملًا بل سوء النية . فنسب أو غرس في أرض غيره ولو بسوء نية لم يحرم من التعويض (م ١٩٢٤) . كذلك لم يعز المشرع فين يتعامل مع ناقص الأهلية بين حسن النية وسببها فكلهما يستطیع الرجوع بدعوى الإثراء فيما إذا طلب ناقص الأهلية إبطال العقد (م ١٤٢) . (أنظر في هذا الموضوع الموجز للمؤلف لفقرة ٣٨٣ وقد قلنا عنه ما قدمناه في هذا الصدد . وانظر الدكتور حشمت أبو سنيت في نظرية الالتزام فقرة ٥٣٦ في آخرها) .

(١) محكمة الاستئناف المختلفة في ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ فقرة ٤٠ ص ٣١٥ .

اختلاف الفقهاء في تحديد معنى السبب :

٧٧١- المعنى الأدبي : يرى الأستاذ ريبير في مؤلفه المعروف «القاعدة الأدبية» (١) أن المعنى المقصود من السبب هو معنى أدبي . وعنده أن الإثراء يكون له سبب إذا كان من العدل أن يستبقى المثرى ما أفاد من الإثراء دون أن يرد منه شيئاً للمفتقر . ولذلك نراه يسمى الإثراء بلا سبب «الإثراء غير العادل» (enrichissement injuste) . وهو يترك للقاضي تقدير ما إذا كان من العدل أن يستبقى المثرى إثراءه فلا يحكم بالرد ، وإلا حكم به . ويذهب الأستاذ بنكاز (Bonnet) هو أيضاً إلى هذا المعنى الأدبي (٢) .
وغنى عن البيان أن ترك قاعدة الإثراء بلا سبب إلى معنى غامض غير محدد ، هو المعنى العام للعدالة ، يجرّد القاعدة من كل أسباب الثبات والاستقرار .

٧٧٢- المعنى الاقتصادي القانوني : وتذهب طائفة أخرى من الفقهاء إلى أن السبب معنى اقتصادياً قانونياً . فالسبب هو العوض (compensation) عن الإثراء . وما دام للإثراء عوض فهو لا يسترد . غير أن هؤلاء الفقهاء يختلفون فيما بينهم عندما يحاولون تحديد معنى «العوض» .
فيرى الأستاذ موري (Maury) أنه هو البديل (équivalent) من الناحية الاقتصادية وهو الحق الأدبي (droit moral) من الناحية الخلقية (٣) .
ويرى الأستاذ رواست (Rouast) أن العوض ينطوي على معنى أعم من معنى البديل ، فهو المقابل (contre-partie) . ويختلف «المقابل» عن «البديل» في أن للمقابل معنى قانونياً . فأى «مقابل» يصلح قانوناً لأن يكون عوضاً للإثراء يمنع من الاسترداد (٤) .

ويرى الأستاذ ديموج أن العوض هو «النظير» (contre-prestation) الذي

(١) فقرة ١٤٧ .

(٢) ملحق مبسوط بوردى ٣ فقرة ١٧٦ و فقرة ١٨٠ و فقرة ١٨١ .

(٣) أنظر مؤلفه «بحث في معنى التعادل في القانون الفرنسي» (Essai sur l'équivalence en dr. civ. fr.) جزء ٢ من ٣٥٢ .

(٤) رواست المحلّة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٢٢ ص ٦٠ وما بعدها — أنظر أيضاً لابول ورسير وإسمان ٧ فقرة ٧٥٨ .

يرجع حق المثرى في استبقاء الإثراء على حق المفتقر في استرداده (١).
وكل هذه المعاني مبهمة كما نرى. ينقصها التحديد، ويحوطها الغموض (٢).

(١) ديموج ٣ فقرة ١٦١ وما بعدها .
(٢) أنظر بحثاً في هذه المسائل المتضاربة في رسالة الدكتور محمود أبو عاتيه «التصرف المجردة» القاهرة سنة ١٩٤٧ ص ١٨١ — ص ١٨٥ (النسخة الفرنسية) .
ونجد في هذه الرسالة بحثاً في تحديد معنى السبب في الإثراء في القانون الألماني . ويتخلص من هذا البحث أن القانون الألماني لا يقف عند معنى واحد للسبب . ففي الأعمال القانونية التي يترتب عليها نقل حق من ذمة إلى أخرى (actes d'attribution patrimoniale) يقوم التصرف إما على سبب الزوما (causa solvendi) أو على سبب الدائنية (causa credendi) أو على سبب التبرع (causa donandi) . والسبب هنا هو العرض الشخصى المباشر الذى يقصده المتصرف وهو أقرب ما يكون إلى السبب في المقصد في النظرية الفرنسية التقليدية . فإذا كان التصرف مجرداً (acte abstrait) ولم يكن له سبب من هذه الأسباب الثلاثة ، فإنه يبقى مع ذلك صحيحاً . لكن إذا فقه الدائن جاز للدائن أن يسترد مادفعه بدعوى الإثراء بلا سبب . ونرى من ذلك أن معنى «السبب» في الإثراء هو نفس معنى «السبب» في العقد . هذا إذا كان الإثراء آتياً من تنفيذ تصرف مجرد . أما إذا أتى الإثراء من عمل إرادى صادر من المثرى (بنى في أرضه بأدوات غيره) أو عمل إرادى صادر من أجنبي (بنى في أرض غيره بأدوات شخص ثالث) أو واقعة طبيعية (طرح البحر) ، فيعتبر أن الإثراء له سبب إذا كان هناك مصدر قانونى يكسبه للمثرى (تقادم أو حسن نية أو انقضاء ميعاد أو قوة الشيء المقضى) . (أنظر الرسالة في نسختها الفرنسية ص ١٤٧ — ص ١٧٩) .

ويعنى الدكتور أبو عاتيه على القانون الألماني هذا الارتداج في معنى السبب وما يلقبه في نظرية الإثراء بلا سبب من اضطراب وتفتيد ، فيقول : « تلك هي النظرية الأساسية في الإثراء بلا سبب أوجزنا حدودها فيما تقدم . وهي كما ترى لها خاصية بارزة ، هي أنها تأخذ السبب القانونى للإثراء على معنيين . فإذا كان مصدر الإثراء تصرفاً قانونياً (إضافة إلى الذمة) أخذته على معنى الفرض الشخصى (Ziveck) الذى يقصده المفتقر . أما إذا كان الإثراء واقعة قانونية أخذته على معنى السبب المنشئ (Rechtsgrund) ومرجعه إرادة القانون . ولا غرابة إذن في أن يلم الفقه الألماني باستحالة وضع صيغة واحدة لفكرة السبب في الإثراء تضى جميع الفروض . فكيف يمكن إعطاء صيغة واحدة لفكرة لها معنيان ، أحدها يربطها بإرادة الأفراد والآخر يربطها بإرادة القانون ؟ هذه الصيغة المزدوجة — رغم إجماع الفقه الألماني عليها — تبدو لتألف مككة متنازعة الأجزاء . والفرض الشخصى ومرجعه الإرادة الخاصة والسبب المنشئ ومرجعه إرادة القانون هما فكرتان تناقض إحداها الأخرى بحيث لا نستطيع جمعها تحت عنوان واحد هو «السبب» في الإثراء إن العيب في هذه النظرية يرجع — بصفة خاصة — إلى الطريقة الفنية التي اتبعها الفقه الألماني لحل مشكلة السبب في الإثراء . فقد رأينا هذا الفقه يبدأ بالسؤال الآتى : متى يكون الإثراء بلا سبب ؟ وبعد أن يرفض الإجابة عليه بصيغة عامة يأخذ في معالجة مختلف فروض الإثراء بلا سبب كما هي معروفة في القانون الرومانى . وكل ما يمكن أن يقال لصالح

معنى السبب في القانون المصرى الجديد :

٧٧٣ - السبب هو المصدر القانونى المكسب للإثراء : والقانون المصرى

الجديد قاطع فى تحديد معنى السبب . فقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يستخلص منه فى وضوح أن السبب هو المصدر القانونى الذى يكسب المثرى الإثراء فيجعل له الحق فى استبقائه (١) .

فالسبب إذن له معنى قانونى بحت ، فلا يمت لاعتبارات أدبية كما يقول ريبير ولا لاعتبارات اقتصادية كما يرى مورى . وهذا المعنى هو أن يكون للمثرى حق قانونى فى كسب الإثراء الذى حصل عليه . والحق هذا لا يعلو مصدره أن يكون أحد المصدرين اللذين تتولد منهما كل الحقوق : العقد أو القانون .

والأولى أن نقف عند هذا المعنى المحدد المنضبط ، فتكسب نظرية الإثراء بلا سبب من وراء ذلك ثباتاً وصلابة ، وتزداد إحكاماً ودقة ، وينزاح عنها هذا الجو من الغموض والتحكم الذى كان يسودها فى الماضى . وإذا كان القانون المصرى الجديد قد آثر هذا المعنى المحدد ، فذلك لأنه هو المعنى

== هذه الطريقة هو ما فيها من بسر جاء من كونها تقليدية موروثه وسائدة فى أمانيا منذ دخول القانون الرومانى فيها إلى يومنا هذا . ولكنها طريقة تتلوى على عيب خطير هو إغفال المسألة الأساسية فى مادة الإثراء ، وهى إيجاد صيغة عامة لعنصر السبب تشمل جميع الأحوال دون أن تتغير طبيعة هذا العنصر بتغير القروض . ونحن لا نصدر فى ذلك عن مجرد التسك بالاعتبارات المنطقية وإن كان فيها ما يبرر البحث عن صيغة واحدة لإيضاح العلاقات القانونية ، ولكنها فضلا عن ذلك نرى أننا مادمتنا لم نصل إلى تلك الصيغة فإن مبدأ الإثراء فيه بطل قاصراً مقلتلا . فتعديد طبيعة السبب فى الإثراء هو الأساس الذى تبنى عليه نظرية الإثراء وترسم حدود تطبيقها . (رسالة الدكتور أبوعافية فى نسخها العربية من ١٨٢ - ١٨٣ - أظهر أيضاً من ١٩٢ - من ١٩٦) .

(١) ورد فى هذه المذكرة ما يأتى : « (والشرط) الثالث ألا يكون للإثراء الحادث أو الانتثار المترتب عليه سبب قانونى يبررها ، فلا يجوز للواهب مثلاً أن يرجع على الموهوب له بدعوى الإثراء بلا سبب . لأن بين العاقلين تصرفاً قانونياً هو عقد التبرع يبرر انتثار أحدهما وإثراء الآخر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٤١) .

الذى يقول به الفقه فى مصر (١) ، وكثير من الفقهاء فى فرنسا (٢) . وهو المعنى الذى جرى به حكم القضاء فى البلدين (٣) .
ويبقى أن نستعرض السبب بهذا المعنى فى كل من مصرىه . عقداً كان المصلى أو حكماً من أحكام القانون .

٧٧٤- السبب فى الإثراء عنقر: قد يكون السبب الذى كسب المثرى به الإثراء هو العقد فيمتنع الرد (٤) . ويقلب أن يكون العقد الذى هو سبب الإثراء مبرماً ما بين المثرى والمفتقر . فالطبيب إذا تعاقد مع المريض منعه العقد من الرجوع بدعوى الإثراء . والمقاول إذا تعاقد مع العميل بأجر لإجمالى منعه العقد من المطالبة بأية زيادة فى الأجر ولو حدث فى التصميم تعديل أو إضافة (٥) (م ٦٥٨) . وما يستنبطه العامل من اختراعات فى أثناء عمله يكون من حق رب العمل إذا كانت طبيعة الأعمال التى تعهد بها العامل تقتضى منه

(١) الموجز للوالت فقرة ٣٨٧ - فقرة ٣٨٩ - الدكتور حمت أبو سنية فقرة ٥٣٨ - مارافان (مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩) م ١٠٢ - م ١٠٤ - الدكتور شفيق شحاته (جريدة المحاكم المختصة عدد ٣٣٨١ - ١٠٨ نوفمبر سنة ١٩٤٤) . الدكتور عمود أبو عافية فى رساله «التصرف القانونى المجرد» (نسخة فرنسية م ١٨٥ - ١٨٩) - قارن والتون م ١٨٨ - م ١٩٠ .

(٢) مبسوط بودرى ١٥ فقرة ٢٨٤٩ - بلانول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٧٠ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٤١٣ - (ويقصران على المقدسبب للأثر) - جوسران ٢ فقرة ٥٧٢ - فيرنو (Vergniaud) رساله من باريس ١٩١٦ م ٢١٦ - بوديشيانو (Budishteano) رساله من باريس ١٩٢٠ م ١٠٦ - موسيو (Mosiou) رساله من باريس م ٢٣٦ .

(٣) محكمة النقض الفرنسية فى ٩ مايو سنة ١٨٥٣ دالوز ١٠٥٣ - ١ - ٢٥١ - وفى ١٨ أكتوبر سنة ١٨٩٨ دالوز ٩٩ - ١ - ١٠٥ - وفى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ دالوز ٢٣ - ١ - ٦٤ - وفى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٤ - ١ - ١٢٩ - وفى ١١ فبراير سنة ١٩٣١ دالوز ١٩٣١ - ١ - ١٢٩ - وفى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٩ دالوز ١٩٤٠ - ١ - ١ - وفى ٢١ فبراير سنة ١٩٤٤ دالوز الأسبوعى ١٩٤٤ م ٥٨ - وفى ١٧ مايو سنة ١٩٤٤ جازيت دى باليه ١٩٤٤ - ٢ - ٧١ . أما القضاء المصرى فنعرض له تفصلاً فيما يلى .

(٤) محكمة الإكسكسرية المختلطة فى ٦ مايو سنة ١٩٢٦ جازيت ١٦ رقم ٢٥٥ م ٢٥٦ .
(٥) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ رقم ٤٢ م ٥٣ - وفى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٧ م ٥٣ (قارن مارافان م ١٠٥ وهو يجعل السبب هنا القانون لا العقد) .

إنفاغ جهده في الابتداء أو إذا كان رب العمل قد اشترط في العقد صراحة أن يكون له الحق فيما يهتدى إليه من اختراعات (م ٦٨٨ فقرة ٢). وعند العمل هو الذي يمنع العامل من الرجوع على رب العمل (١). وإذا اشترط المؤجر أن يملك عند نهاية الإيجار التحسينات التي يدخلها المستأجر في العين المؤجرة امتنع على المستأجر الرجوع على المؤجر بتعويض عن هذه التحسينات لأن عقد الإيجار هنا سبب قانوني يمنع من هذا الرجوع (٢). وإذا أمن شخص على منزله من الحريق واحترق المنزل ، فأعادت شركة التأمين بناءه تنفيذاً لعقد التأمين ، كان إثراء المؤمن بقيمة الفرق بين المنزل بعد أن أعيد بناؤه وقيمته في حالته الأصلية سببه عقد التأمين فلا ترجع شركة التأمين عليه بدعوى الإثراء (٣). وإذا أحسن الوكيل الإدارة حتى زاد الربح زيادة كبيرة فلا رجوع

(١) وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٦٥٨ ذاتها على أنه «إذا كان الاختراع ذا أهمية اقتصادية جدية ، جاز للعامل في الحالات المنصوص عليها في الفقرة السابقة أن يطالب بمقابل خاص يقدر وفقاً لقتضيات العدالة . ويراعى في تقدير هذا المقابل مقدار المعونة التي قدمها رب العمل وما استخدم في هذا السبيل من منشأته . ونرى في هذا الفرض الخاص أن عقد العمل لا يكفي سبباً لجميع ما عاد على رب العمل من الإثراء ، وأن بعضاً من هذا الإثراء يبقى دون سبب وهو الذي يرجع به العامل على رب العمل .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المخططة بأنه إذا اشترط في عقد الإيجار أن جميع التحسينات والإنشاءات التي يجريها المستأجر في العين المؤجرة تكون للمؤجر عند نهاية الإيجار ، فلا يجوز للمستأجر أن يرجع بدعوى الإثراء على المؤجر من أجل ثرائه المتزايد ضمن المنشآت التي أقامها وركب عليه آلة رافعة فأصبح كل ذلك عقاراً بالتخصيص . ومع ذلك إذا كان من الثابت أن إحداث البئر الارتوازي لم يكن وارداً في عقد الإيجار ، وأن الماء الآتي من هذا البئر ساعد كثيراً على تحسين الأرض ، كان من العدل أن تقع مقاصة بين ما في ذمة المستأجر للمؤجر بسبب عدم تحسينه جزءاً من الأرض المؤجرة وما في ذمة المؤجر للمستأجر بسبب مبادأته الموافقة بإنشاء البئر الارتوازي (استئناف مختلط في ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٥٨) . وظاهر أن محكمة الاستئناف لم تجعل عقد الإيجار سبباً يشمل الإثراء الآتي من البئر الارتوازي لأنه لم يكن وارداً في العقد ، واعتبرت هذا الإثراء دون سبب ، وقامت في دين على المستأجر نشأ من عدم تحسينه لجزء من الأرض المؤجرة .

وسرى عند الكلام في الفضايلة أن المستأجر الذي يستحدث إصلاحات في العين المنقولة الشخصية لا يعتبر فضولياً .

(٣) الوجز للدوائف فقرة ٣٨٨ . وانظر أيضاً في هذا المعنى محكمة النقض الفرنسية في ٢١ بولية سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٤-١-١٨١ .

له على المؤجر بدعوى الإثراء لأن عقد الوكالة يمنع من ذلك (١). ولا يجوز للبائع أن يرجع على المشتري بدعوى الإثراء لمطالبته بياقي ثمن المبيع لأن عقد البيع هو مناط تحديد حقوق كل من المتعاقدين (٢).

وقد يكون العقد الذي هو سبب الإثراء مبرماً بين المثرى والغير دون أن يكون المفتقر طرفاً فيه ، ويقوم العقد مع ذلك سبباً قانونياً للإثراء يمنع المفتقر من الرجوع على المثرى . مثل ذلك مستأجر يستحدث تحسينات في العين المؤجرة . ويتركها للمؤجر عند نهاية الإيجار طبقاً للعقد . فيكون عقد الإيجار

(١) محكمة الاستئناف المختاطة في ٧ يولية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٥ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه «حيثما وجد بين المتخاصمين رابطة عقدية فلا قيام لدعوى الإثراء بلا سبب على حساب الغير ، بل تكون أحكام العقد هي مناط تحديد حقوق كل من المتخاصمين وواجباته قبل الآخر . فإذا كان الثابت بالحكم أن البائع طالب المشتري منه بياقي الثمن للقط على خمسة أنساط ، ثم عدل شأنه إلى طلب المحكم له باقى القطبين الأولين ، موصوفاً هذا الباقي خطأ بأنه باقى الثمن ، وقضى له بذلك ، ثم أراد أن يطالب بالأنساط الثلاثة الباقية ، ولتصور أنه قد سد في وجه طلبها باعتبارها باقية من ثمن المبيع ، أقام دعواه بالمطالبة بها على نظرية الإثراء بغير سبب على حساب الغير ، ومحكمة الموضوع حكمت ، بعد استعراض وقائم الدعوى ، بأنه لا محل للاستناد إلى هذه النظرية ، وبأن حق البائع في المطالبة بالأنساط الباقية القائم على أساس الشراء لا يزال باقياً مفتوحاً أمامه ، فإن قضاءها بذلك سليم لا مطعن عليه» (قضى في ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ بمجموعة عمر ١ رقم ٨٤ ص ١٥٧) .

هذا وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأنه «حتى كان هناك عقد يحكم علاقات الطرفين فلا محل لتطبيق قاعدة الإثراء على حساب الغير ، فإن هذه القاعدة هي مصدر لا تستندى للالتزام فلا يكون لها محل حيث يوجد التعاقد . فإذا كان المستأجر قد التزم في عقد الإيجار بأجرة رى الأرض ، وتعهد بأن يدفع الأموال الأميرية على أن تخصم له من أجرة الأطلان ، ثم دفع للصراف على ذمة الأموال مبالغ تزيد على قيمة المستحق منها على الأطلان المؤجرة ، خصمت له الحكومة الزيادة من أجرة الرى المارم هو بها ، ثم خصمتها المحكمة من أجرة الأطلان على أساس أن دفعها إنما كان على ذمة الأموال ، ومنعت للمؤجر أن يرجع بها على المستأجر بدعوى الإثراء على حساب الغير ، فإنها تكون قد أخطأت » (نقض في ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٥٧ ص ٤٣٩) . وكان الواجب ألا تخصم محكمة الموضوع من أجرة الأطلان ما دفعه المستأجر من الزيادة على الأموال المستعنة ، لأن هذه الزيادة لم يثر بها المؤجر إذ أن الحكومة خصمتها من أجرة الرى وهذه دين شخصي في ذمة المستأجر ، فلا يرجع المستأجر بهذه الزيادة على المؤجر . لا لأن هناك سبباً للانزواء يمنع من الرجوع ، بل لأن الإثراء ذاته غير موجود .

وسنرى امتنع رجوع المستأجر على المؤجر بالزيادة لم يصبح هناك محل لرجوع المؤجر على المستأجر بدعوى الإثراء أو بغيرها من الدعاوى — هذا هو في نظرنا الوضع القانوني الصحيح للقضية التي نحن بصدد حلها .

هذا مانعاً من الرجوع على المؤجر ، لا من المستأجر فحسب وقد رأينا هذا في مثل متقدم ، بل أيضاً من الدائن الذى عجل للمستأجر نفقات هذه التحسينات أو من المقاول الذى قام بها دون أن يقبض أجر عمله ، مع أن الدائن والمقاول لم يكونا طرفاً في عقد الإيجار وهو السبب القانوني لإثراء المؤجر بقيمة هذه التحسينات على حساب الدائن أو المقاول . والمترى في هذا المثل هو المؤجر ، والمفتقر هو الدائن أو المقاول ، وسبب الإثراء هو عقد الإيجار الذى أبرم بين المترى (وهو المؤجر) وشخص آخر غير المفتقر (وهو المستأجر) (١) - ومثل ذلك أيضاً شخص يترى على حساب آخر ، ويهب ما أثرى به إلى شخص ثالث ، فلا يستطيع المفتقر في هذه الحالة أن يرجع بدعوى الإثراء على الموهوب له ، لأن هذا قد أثرى بسبب قانوني وهو عقد الهبة ، وإن لم يكن المفتقر طرفاً في هذا العقد (٢).

(١) وقد قدمنا عند الكلام في الإثراء غير المباشر أنه إذا لم يكن في عقد الإيجار شرط يجعل التحسينات من حق المؤجر عند نهاية الإيجار ، فلا يصلح عقد الإيجار لأمر يكون سبباً لإثراء المؤجر ، ويجوز للدائن والمقاول في هذه الحالة الرجوع على المؤجر بدعوى الإثراء (قارن كولان وكايتان ٢ فقرة ٤١٣ ص ٣٠٠ - ٣٠١ - الأستاذ حشمت أبو-نيت فقرة ٥٣٧ - وانظر بلانيول وريبر وإسمان ٧ فقرة ٧٥٩).

(٢) وهذه حالة تلفت النظر ، فقد يكون الواهب معسراً فلا يستطيع المفتقر أن يحصل منه على حقه ، فإذا أراد الرجوع على الموهوب له لم يجز له ذلك لما قدمناه . والذي يلتفت النظر هو أننا قدمنا هنا جلب المنفعة على درء الضرر ، إذ الموهوب له ، وهو يستقي منفعة جلبها ، يفضل على المفتقر ، وهو يسمي لدرء الضرر عن نفسه . ومن أجل ذلك اشتمل المشروع التمهيدى على نص خاص في هذه المسألة (هو الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ من هذا المشروع) وقد جرى على الوجه الآتي : « فإذا تبرع المترى بما أثرى به كان من صدر له التبرع مسؤولاً أيضاً عن التعويض ولكن بقدر ما أثرى » . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية في صدد هذا النص ما يأتي : « فإذا تصرف المترى بعوض فيما أثرى به ، فليس لمن افتقر حق الرجوع على من صدر له التصرف ، لأن هذا الأخير قد أثرى بمتنصتي سبب قانوني هو التصرف نفسه . أما إذا كان التصرف على التقيض من ذلك بغير مقابل ، ولأصل أن ينحصر حق الرجوع في المترى ما دام من صدر له التبرع قد أثرى بسبب قانوني هو عقد التبرع . بيد أن المشروع قد أثبت للمفتقر حق الرجوع على من صدر له التبرع بمقدار ما أثرى ، مقدماً بذلك درء الضرر على جلب المنفعة ، ويكون للمفتقر في هذا الغرض أن يرجع على المترى أو على من صدر له التبرع ، وفقاً لمصلحته و ذلك . فإذا كان مبلغ ما أصابه من خسارة ١٠٠٠ جنيه وبلغت قيمة الإثراء بالنسبة للمترى ٨٠٠ جنيه ، وبالنسبة لمن صدر له التبرع ٩٠٠ جنيه ، فمن مصلحة المفتقر أن يرجع على من صدر له التبرع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢) - وما يؤسف له أن هذا الحل العادل خلاصه =

وقد يكون العقد الذى هو سبب الإثراء مبرماً بين المفتقر والغير دون أن يكون المثرى طرفاً فيه ، ويقوم العقد مع ذلك سبباً قانونياً للإثراء . مثل ذلك أن يتعاقد شخص مع وكيل ولكن لا باعتبار أنه وكيل بل باسمه الشخصى ، فلا يجوز له الرجوع على الموكل بدعوى الإثراء ، لأن هناك عقداً أبرم بينه (وهو المفتقر) وبين الوكيل (وهو غير المثرى) (١) . ومثل ذلك أيضاً أن يتعاقد شخص مع أحد الشركاء فى شركة محاصة ، فلا يجوز له الرجوع بدعوى الإثراء على أحد من الشركاء الآخرين ، لأن الشريك فى شركة المحاصة يتعاقد باسمه الشخصى لا باسم الشركة ولا باسم أحد من بقية الشركاء ، فيكون العقد الذى أبرم مع الشريك مانعاً من رجوع المتعاقد الآخر على بقية الشركاء الذين أثروا من وراء هذا العقد . وذلك بالرغم من أن العقد أرمه المفتقر مع غيرهم (٢) .

٧٧٥ - السبب فى الإثراء حكم من أحكام القانون : وقد يكون سبب الإثراء ليس عقداً بل حكماً من أحكام القانون يصلح أن يكون مصدراً لكسب الإثراء ، فيكون قيام هذا السبب مانعاً للمفتقر من الرجوع على المثرى بدعوى الإثراء ، لأن المثرى يكون قد أثرى بسبب قانونى . مثل ذلك العمل غير

= المشروع عند خروجه من لجنة المراجعة ، فقد حذفت هذه اللجنة النص المشار إليه بدعوى أنه غير ضرورى . وهذا ما ورد فى الأعمال التحضيرية فى هذا الصدد : « المشروع فى لجنة المراجعة : تلقت المادة ٢٤٨ من المشروع واقترح إدخال تعديلات لفظية وحذف الفقرة الثانية لعدم ضرورتها » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٣ وقد سبق ذكر ذلك) . وأقر البرلمان المشروع خالياً من هذا النص .

أنظر فى مثل آخر لعقد مبرم ما بين المثرى والغير يكون سبباً للإثراء عمكة الاستئناف المختلطة فى ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٢٧ (شخص سرق ثمنه سندات ، وتعاقد اللس مع شخص آخر للحصول على سلغ من المال فى نظير هذه السندات . فلا يجوز لصاحب السندات أن يرجع بدعوى الإثراء على هذا الشخص الآخر لأن العقد المبرم بين هذا الأخير - وهو المثرى - وبين اللس - وهو غير المفتقر - يعتبر سبباً للإثراء . هذا ما لم يكن الشخص الآخر الذى تعاقد مع اللس سبباً (النية) .

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١١٢ .
(٢) أنظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى أول مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٦٨ . ومع ذلك أنظر حكماً منها بغير هذا المعنى فى ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٥٧ .

المشروع يكون سبباً قانونياً يمنع من الرجوع بدعوى الإثراء . فلا يلتزم من أخذ تعويضاً عن ضرر أصابه برد هذا التعويض . لأنه قد كسبه بسبب قانوني هو العمل غير المشروع . ومثل ذلك التقادم يمنع من استرداد الإثراء . فإذا أقر ناظر الوقف بدين على الوقف كان إقراره باطلاً . فإذا رجع الدائن بدعوى الإثراء فيما يتعلق بفوائد الدين فلا يرجع بها إلا فيما لم يسقط منها بخمس سنين . وما سقط بهذه المدة يمنع التقادم من استرداده (١) . كذلك قوة الشيء المقضي يعتبر سبباً مانعاً من دعوى الإثراء ، فإذا استبعد أحد دائي التفليسة بحكم حاز قوة الشيء المقضي لأنه لم يتقدم في الميعاد ، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على السنديك ولا على أحد من سائر الدائنين (٢) . وإذا لحقت بالموظف إصابة جعلته يستحق معاشاً قبل أن يبلغ السن القانونية ، فلا يجوز للحكومة أن تقول إنه أثري دون سبب بقيمة الاستقطاعات التي كان يجب خصمها من مرتبه إلى حين بلوغ السن . لأن استحقاقه للمعاش بسبب الإصابة هو حكم من أحكام القانون ، والقانون هنا هو قانون المعاشات (٣) . وإذا أهمل الما قول فلم يقيد حق امتياز ضاع هذا الحق ودخل مع سائر دائي التفليسة ، ولا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على هؤلاء الدائنين ، لأن إثراءهم له سبب هو حكم القانون المقاضي بوجوب القيد للمحافظة على حق الامتياز (٤) .

- (١) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٦ أبريل سنة ١٩١٧ جازيت ٧ ص ١٤٢ .
 (٢) وكذلك إذا لم يتقدم دائي في الميعاد يعارض في قائمة التوزيع النهائية (محكمة الاستئناف المختلطة في ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٨ — وفي أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٧) .
 (٣) محكمة النقض الفرنسية في ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٣ سيريه ١٩٤٤ — ١ — ٤٨ : وانظر أيضاً هنري وليون مازو في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٤٤ ص ١٨١ .

- (٤) محكمة النقض الفرنسية في ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤ — ١ — ١٢٩ — كذلك إذا سدد مصرف دائئاً مرتباً وأغفل أن يتخذ الإجراءات القانونية للحلول عليه فسبقه رهن قانوني كان متأخراً عن الدائن المرتهن الذي استوفى حقه لم يميز للمصرف الرجوع على صاحب الرهن القانوني بدعوى الإثراء لأن تقدمه على المصرف له سبب هو حكم القانون (محكمة النقض الفرنسية في ١١ بولية سنة ١٨٨٩ دالوز ١٨٨٩ — ١ — ٣٩٣) وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم ، وقررت عند الإشارة إليه أن المانع من دعوى الإثراء ليس هو إعمال

المبحث الرابع

لا ضرورة لأن تكون دعوى الانشاء دعوى احتياطية
أو أن يكون الانشاء باقياً وقت رفع الدعوى

٧٧٦- موقف القانون المدني المغربي: ذكرنا في التطور التاريخي لقاعدة

= الفتنر بل هو وجود سبب قانوني للإنشاء) — كذلك إذا وضع شخص يده على أرض لا يملكها ورهنها في قرض أقام به بناء على هذه الأرض ، ثم استغقت الأرض وقد ملك المسحق البناء بالالتصاق فامتد الزمن القانوني لزوجته إلى هذا البناء ، فإن الرهن الذي رتبه واضع اليد على الأرض يبطل لصدوره من غير مالك ، ولا يستطيع المتهن أن يرجع على الزوجة بدعوى الإنشاء لأن لإثرائها سبباً قانونياً هو حكم من أحكام القانون (محكمة باريس الاستثنائية في ٥ يونية سنة ١٩٠٥ دالوز ١٩٠٨ — ٢ — ١٢٩) — وتقضى المحاكم الفرنسية بأنه إذا قام مدرس بإعطاء تلميذ دروساً خاصة بمقتضى اتفاق مع والد التلميذ ، وأراد المدرس الرجوع على الوالد فوجده معسراً ، فإنه يستطيع الرجوع على التلميذ بدعوى الإنشاء في ماله الخاص لأن التلميذ قد أثرى إثراء عقلياً بفضل هذه الدروس الخاصة (محكمة مونييه الاستثنائية في ٣ فبراير سنة ١٨٦٩ دالوز ٦٩ — ٢ — ٢١٣ . وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم عند الكلام في الإنشاء المعنوي — أنظر أيضاً محكمة إكس الاستثنائية في ١١ أغسطس سنة ١٨١٢ جورنال دي باليه ١٨١٣ رقم ٦٥٠ — ومحكمة بوا الاستثنائية في ١٩ يناير سنة ١٨٥٢ دالوز ٥٢ — ٢ — ١٩٨) . ويرى الأستاذ مارافان (مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ ص ١٠٩)

بحق أن المدرس لا يستطيع الرجوع بدعوى الإنشاء على التلميذ لأن الإنشاء هنا له سبب قانوني هو التزام والد التلميذ بتعليم ولده ، ولكن المدرس يستطيع أن يرجع على التلميذ بدعوى الفضالة لأنه كان يعمل لمصلحته ولمصلحة التلميذ معاً ، ودعوى الفضالة خير له من دعوى الإنشاء . وإذا كان ناظر الوقت يعمل دون أجر بعد أن نزل عن أجره ، فإن مركزه القانوني من الوقت — وهو ناظره — يمنع من المطالبة بأجر على أساس أن الوقت قد أثرى على حساب جهوده . فجهوده هذه واجبة بحكم القانون على اعتبار أنه ناظر الوقت ، سواء عمل بأجر أو نزل عن أجره . ومن ثم لا نذهب إلى ما ذهب إليه محكمة النقض في مثل هذه الصورة من أن الرابطة العقدية بين ناظر الوقت وجهة الوقت هي التي تمنع من المطالبة بدعوى الإنشاء . إذ الرابطة بين الناظر والوقت هي رابطة قانونية لا رابطة تعاقدية . وهذا هو ما قرره محكمة النقض في هذا الصدد : « الأصل في الوكالة أنها تكون بغير مقابل ما لم يوجد شرط صريح بخلاف ذلك أو شرط ضمني يتضح من حالة الوكيل . فإذا استندت المحكمة في أن ناظر الوقت كان يعمل بغير أجر إلى إقراراته المتكررة فإنها لا تكون قد خالفت القانون . ولا يقبل من هذا الناظر قوله إنه لا يصح أن يثرى الوقت على حساب جهوده ، فإن دعوى الإنشاء على =

الإثراء بلا سبب أن هذه القاعدة لم تستقم قاعدة مستقلة إلا منذ عهد قريب .
وأنها حتى بعد أن صار لها كيان ذاتي بقيت مغلوطة بقيود لا يفسرها إلا ما
صاحب القاعدة من تضيق في الماضي . وإلا أنها استعصت على الطفرة فلم تستطع
أن تنظر باستقلالها إلا مقيداً بشروط . إذا استطاع تاريخ القاعدة أن يفسرها .
فإنه لا يستطيع أن يبررها .

وقد ألف الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر أن يقررا ، منذ قامت القاعدة
مستقلة ، أن دعوى الإثراء بلا سبب دعوى احتياطية لا يجوز الانتجاع إليها
إلا إذا انعدمت كل وسيلة قانونية أخرى . وأن الإثراء الذي يطالب المفتقر
بإسترداده يجب أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى . والمبتدع لذين القيدين
هما الفقهاء الكبيران أوبري ورو على ما مر بنا .

وقد بدأ الفقه في فرنسا وفي مصر يكسر من أغلال القيد الأول . ولكنه
هو والقضاء بقيا جامدين إزاء القيد الثاني ، فظلا يقولان بأن من شروط
دعوى الإثراء أن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى .
أما القانون المصري الجديد فقد تكفل بتكسير القيدين معاً كما أسلفنا القول .
فهو لم يشترط أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية ، ثم هو قد نص
صراحة في المادة ١٧٩ على أن التزام المثرى يبقى قائماً ولو زال الإثراء فيما
بعد (١) . فتم بذلك تحرير القاعدة من قيودها ، وأقيمت على أساس من

= حساب الغير لا يكون لها محل إلا إذا لم توجد رابطة عقدية بين الشخصين وهذه ليست حاله ،
(نقض ١٤ يونيو سنة ١٩٤٥ بمجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٥ ص ٧٢٢) .

وهنا مثل آخر لوجود سبب للإثراء هو حكم من أحكام القانون : دائ مرتين نزل عن
مرتبه إلى دائ مرتين آخر متأخرته . وترتب على ذلك أنه تأخر في المرتبة فلم ينف في التوزيع إلا
جزءاً من حقه . ولكن الدائن الذي حل محله لم يتمكن لسبب يرجع إلى إجراءات التوزيع
من الحصول على كل حقه . قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز للدائن الذي نزل عن
مرتبه الرجوع بدعوى الإثراء على من أترى من الدائنين بسبب عدم تمكن الدائن الذي حل
محله من الحصول على كل حقه (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٨) .
ويمكن تليل ذلك بأن الإثراء هنا له سبب قانوني هو الأحكام القانونية الواجبة الاتباع
في التوزيع .

(١) وهنا ما جاء بالذكر الإيضاحية للمشروع التهديد في هذا الصدد : « وقد اكتفى
المشروع بهذه الشروط الثلاثة دون أن يضيف إليها شرطين آخرين نصت عليهما بعض تقنينات
تأثرت بما كان مأثوراً من المانة أو الحرز في قبول مبدأ الإثراء . فلا يشترط أن يظل الإثراء =

المنطق السليم .
وها نحن نستعرض كلا من هذين القيدتين لنبرر موقف القانون المصرى
الجديد منهما .

المطلب الأول

لا ضرورة لأن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية

§ ١ - القانون الفرنسى

٧٧٧-انقراض الفقه والقضاء بارى الأمر على أنه تكون دعوى الإثراء

دعوى احتياطية : منذ تحررت دعوى الإثراء وأصبحت دعوى مستقلة ، على
ما مر بنا فى التفصّل التاريخى لهذه الدعوى . ومنذ أعلنت محكمة النقض
الفرنسية أن دعوى الإثراء بلا سبب . وهى تقوم على مبدأ عادل يحرم الإثراء
على حساب الغير . لم يعرض لتنظيمها نص فى القانون ، فهى لا تخضع فى استعمالها
لأى شرط معين . وبكى لقبولها أن يتقدم المدعى بإثبات أنه جعل من يرفع
عليه الدعوى يترى عن طريق تضحية تحملها هو أو عمل شخصى قام به (١) .
ساد شعور قوى بأن تطوراً خطيراً قد وقع ، وأن دعوى الإثراء بعد أن كانت
ترسّف فى أغلال التبعية لدعوى الفضالة . أصبحت طليقة من كل قيد .
فحولت من التقيض إلى التقيض ، وأنه يجدر البحث عن قيد تنضبط به .
فلا تطفى على جميع نواحي القانون .

= فائماً إلى وقت رفع الدعوى (قارن المادة ١٤٢ من التقنين اللبنانى وهى تنص على هذا الشرط
فى حالة الإثراء بحسن نية) بل يكون الرد واجباً ولو زال الإثراء فيما بعد ، وهذا ما نقضى
به صراحة المادة ٢٤٨ من الشروع (أنظر فى هذا المعنى المادة ٢٣٤٣ من التقنين الأرجنتين) .
ولا يشترط كذلك ألا يكون للدائن دعوى سوى دعوى الإثراء . يستطيع أن يلجأ إليها لاستيفاء
حقه ، بل يجوز له أن يباشر هذه الدعوى ولو هياً له القانون طريقاً آخر . ولا يزال التقنين
اللبنانى (المادة ١٤٢) مبقياً على ما كان لدعوى « رد غير المستحق » من صفة احتياطية أو
تبعية ، وقد قصد المشروع إلى إهمال هذا الشرط فتعمد إغفال النص عليه . (مجموعة الأعمال
التعضيرية ٢ ص ٤٤٢) .

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ١٥ يونيو سنة ١٨٩٢ دالوز ٩٢ - ١ - ٥٩٦ .

وسرعان ما عثر الأستاذان أوبرى ورو على هذا القيد . فقررا أنه يشترط في دعوى الإثراء بلا سبب ألا يكون هناك لدى المدعى «دعوى أخرى ناشئة من عقد أو شبه عقد أو جريمة أو شبه جريمة» (١) . وفهم ذلك على أن دعوى الإثراء هي دعوى احتياطية (action subsidiaire) لا يلجأ إليها المدعى إلا إذا لم يكن لديه أية دعوى أخرى . وما لبثت محكمة النقض الفرنسية أن اعتنقت هذا المذهب في حكمها المشهور الصادر في ١٢ مايو سنة ١٩١٤ (٢) . وانعقد إجماع الفقه والقضاء بعد ذلك على هذا المبدأ (٣) .

٧٧٨- ترعزع الفقه الفرنسي عن موقفه : ولكن الفقه في فرنسا ما لبث

أن ترعزع عن موقفه ، وبدأ يتعمق في بحث هذه الصفة الاحتياطية التي خلعتها على دعوى الإثراء .

وبدأ هذا البحث الأستاذ بارتان (Bartin) . فتساءل في تعليقه على كتاب الأستاذين أوبرى ورو ماذا يريد الفقهاء بقولها إن دعوى الإثراء دعوى احتياطية (٤) ؟ ثم أخذ الأستاذ رواست (Rouast) يعالج المسألة على

(١) أوبرى ورو الطبعة الرابعة الجزء السادس ص ٢٤٦ - ص ٢٤٧ . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(٢) محكمة النقض الفرنسية في ١٢ مايو سنة ١٩١٤ سيرة ١٩٩٨ - ١ - ٤١ - وما لبثت المحكمة أن أصدرت حكماً آخر في هذا المعنى في ٢ مارس سنة ١٩١٥ دالوز ١٩٢٠ - ١ - ١٠٢ (أنظر تحليلاً لهذا الحكم وتعليقاً عليه للأستاذ كاييتان في كتابه الأحكام السكرى للقضاء المدني طبعة ثالثة باريس سنة ١٩٥٠ ص ٣٣٥ - ص ٣٣٦) .

(٣) بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٨٤٩ (١٦) - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٢٧٦ - جوران ٢ فقرة ٥٧٤ - ديموج ٣ ص ٢٨٧ - محكمة النقض في ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٢٤ - ١ - ١٢٩ - وفي ٥ نوفمبر سنة ١٩٣٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ ص ٥٨٧ - وفي ١١ سبتمبر سنة ١٩٤٠ جازيت دي باليه ١٩٤٠ - ٢ - ١١٤١ وسيرة ١٩٤١ - ١ - ١٢١ .

(٤) أوبرى ورو مع تعليقات بارتان طبعة خامسة جزء ٩ ص ٣٥٥ . وقد أول الأستاذ بارتان المعنى المراد بالصفة الاحتياطية تأويلات ثلاثة : (١) فإما أن يراد بذلك أن دعوى الإثراء لا تجوز مباشرتها إلا حيث لا توجد أية دعوى أخرى يتمكن بها الدائن من الوصول إلى حقه . (٢) وإما أن يراد أن دعوى الإثراء تجوز مباشرتها حتى لو وجدت هذه الدعوى الأخرى ما دامت هذه الدعوى قد فقدها الدائن بغير خطأ منه . (٣) وإما أن يراد أن دعوى الإثراء تجوز مباشرتها حتى لو وجدت الدعوى الأخرى ولم يفقدها الدائن ولكنها غير منتجة سبب إعسار المدين في هذه الدعوى الأخرى .

وجه أعمق في مقال له معروف (١). وأفاض بعد ذلك الأستاذ الموزينيو (Almosnino) في بحث الموضوع في رسالة له مشهورة (٢). ثم خط الأستاذ كاييتان خطرة

(١) « الإثراء بلا سبب والقضاء المدني » (إجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٢٢ من ٣٥ وما بعدها). وقد ميز الأستاذ روست في هذا المقال بين فرضين : (الفرض الأول) أن توجد دعوى قائمة لدى الدائن يستطيع الالتجاء إليها بجانب دعوى الإثراء ، فهو لاشك يؤثرها على دعوى الإثراء لأنها تيسر له تعويضاً أوفى . وسواء كانت دعوى الإثراء في هذا الفرض دعوى احتياطية أو دعوى أصلية فتوافق من الأمر أن الدائن لا يبلغها إليها مادام الباب أمامه مفتوحاً عن طريق دعوى أخرى . فدعوى الإثراء في الفرض الذي نحن نصدده دعوى احتياطية على كل حال ، إما من طريق القانون أو من طريق الواقع . (والفرض الثاني) أن تكون هناك دعوى أخرى إلى جانب دعوى الإثراء ، ولكنها اندثت أمام الدائن فلم يبق لديه إلا دعوى الإثراء . وميز روست في هذا الفرض بين حالات ثلاث : أن تكون الدعوى الأخرى قد اسند طريقها لمانع قانوني ، أو اسند طريقها بفعل الدائن نفسه ، أو اسند طريقها بغير فعله ويكون ذلك عادة بإعسار المدين في الدعوى الأخرى .

(٢) « الإثراء بلا سبب وصفته الاحتياطية باريس سنة ١٩٣١ » . وقد بحث أالموزينيو في هذه الرسالة جميع الفروض المقدمة وأرجعها إلى خمس أحوال : (١) ليس لدى الدائن إلا دعوى الإثراء وحدها . (٢) لدى الدائن دعوى قائمة منتجة غير دعوى الإثراء . (٣) كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها اسند لمانع قانوني . (٤) كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها اسند بفعله هو . (٥) كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها اسند بغير فعله (بسبب إعسار المدين في الدعوى الأخرى) .

في الحالة الأولى - حالة ما إذا لم يكن لدى الدائن الادعوى الإثراء - لا تثار الصفة الاحتياطية لهذه الدعوى ، إذ هي الدعوى الوحيدة المفتوحة أمام الدائن ، وليس لديه غيرها للمطالبة بحقها . وفي الحالة الثانية - حالة ما إذا كان لدى الدائن بجانب دعوى الإثراء دعوى أخرى قائمة منتجة - يقول أنصار الصفة الاحتياطية إن الدائن لا يستطيع مباشرة دعوى الإثراء لأن لديه دعوى أخرى قائمة منتجة . ويخالف البعض (ومنهم الموزينيو) هذا الرأي ، ويذهبون إلى إعطاء الدائن الخيار بين الدعويتين . ولكن أالموزينيو يستثنى من ذلك ما إذا كانت الدعوى الأخرى هي دعوى العقد أو دعوى الاستحقاق فتجب دعوى الإثراء ، وتصبح هذه دعوى احتياطية . وفي الحالة الثالثة - حالة ما إذا كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها اسند لمانع قانوني - لا يجوز الالتجاء إلى دعوى الإثراء حتى لا يدور المانع القانوني وتنتج الحيلة في مخالفته . ومثل المانع القانوني قواعد الإثبات ، فإذا أفرض شخص آخر مبلغاً يزيد على عشرة الجنيهات لم يستطع الرجوع عليه بدعوى الإثراء ، ليتمكن من إثبات الترمس بالينة ، إذ أن دعوى الإثراء تقوم على واقعة مادية فيجوز إثباتها بجميع الطرق . ولا يبقى أمام القرض إلا دعوى القرض ، وفيها يجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها . ومثل المانع القانوني أيضاً التنازع ، فإذا قام تاجر بتوريد أسبالة لشخص لا يتجر فيها وتنازع حقه بالتنازع =

أبعد ، فتشكك في أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية ، ونسأل

= سنة (م ٣٧٨ مدني جديد) ، لم يستطع الرجوع بدعوى الإثراء لأن دعوى عقد التوريد قد اند طريقتها لمانع قانوني هو التصادم . ومثل المانع القانوني أخيراً قوة الشيء المقضي ، فإذا باع قاصر عقاراً بفن فاحش ورفع دعوى لتسكلة الثمن (م ٤٢٥ مدني جديد) فضله بالتسكلة ، ثم نزلت قيمة العقار في يد المشتري إلى أقل من أربعة أخصه ، لم يستطع المشتري أن يرجع على القاصر بدعوى الإثراء ليسترد منه التسكلة ، لأن الدعوى الأخرى وهى دعوى تسكلة الثمن قد اند طريقتها لمانع قانوني هو قوة الشيء المقضي .

وفي الحالة الرابعة - حالة ما إذا كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقتها اند بفعله هو - لا يجوز للدائن في رأى رواست مباشرة دعوى الإثراء ولا الدعوى الأخرى التي اند طريقتها . وهذا مناه أن دعوى الإثراء دعوى احتياطية جبتها دعوى أصلية فلا تجوز له مباشرتها ، ثم إن الدعوى الأصلية اند طريقتها بفعله هو فلا يجوز له أيضاً أن يباشرها . فإذا أقرض مصرف مديناً التقود التي سدد بها دائناً مرتين ، وأهمل المصرف في أن يتخذ الإجراءات اللازمة لحلوله على الدائن المرتين ، وترتب على ذلك أن رهناً قانونياً أقصر كان الدين وصياً عليهم سبق المصرف في المرتبة ، فإن المصرف لا يستطع الرجوع على القاصر بدعوى الإثراء (قض فرنسي ١١ يولية سنة ١٨٨٩ دالوز ٨٩ - ١ - ٣٩٣ : قضية Arrazat) ، لأن الدعوى الأخرى وهى دعوى الحلول على الدائن المرتين اند طريقتها بإهمال المصرف . وإذا كان شخص يملك كلباً فضل في غابة للصيد وأفرغ الطير في الغابة ، فأملك به صاحب الغابة وأبقاه عنده أياماً ، فإنه لا يستطع الرجوع على صاحب الكلب بدعوى الإثراء لما أهقته عليه في إطعامه (قض فرنسي ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٢ سيرة ١٩٠٣ - ١ - ٤٥٣ : قضية Rolland) ، لأن الدعوى الأخرى وهى دعوى الفضالة اند طريقتها بإهمال صاحب الغابة أن سلم الكلب للبلدية وهى التي تتولى إطعامه تطبيقاً لأحكام قانون ٢١ يونية سنة ١٨٩٨ في فرنسا . وإذا أهمل الما قول في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتقيد حق امتياز على بناء أقامه لشخص أفلس ، فإنه لا يستطع الرجوع بدعوى الإثراء على التفلية (قض فرنسي ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ دالوز ٢٤ - ١ - ١٢٩ : قضية Marty) ، لأن الدعوى الأخرى وهى دعوى حق الامتياز قد اند طريقتها إذ أضعافها الما قول بتفصيله .

أما الأستاذ ألمزينو فيرى أن دعوى الإثراء في هذه الحالة هى دعوى أصلية تجوز مباشرتها ولو اند طريق الدعوى الأخرى بفعل الدائن .

وفي الحالة الخامسة - حالة ما إذا كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكنها أصبحت غير ذات فائدة بسبب إفسار المدين - فإذا كان المدين لا يستطع الرجوع على المئرى ، جاز للفتر أن يرجع عليه بدعوى الإثراء ، وتسكون هذه الدعوى إذن دعوى أصلية . مثل ذلك أن يتقاعد معلم مع والد التلميذ على إعطاء التلميذ درساً خاصاً ، ويفلس الوالد ، فيستطع المعلم في هذه الحالة أن يرجع بدعوى الإثراء على التلميذ (أنظر ألموزينو م ١٥٧ وفي فروس أخرى م ١٥٨ - م ١٧٣) .

لماذا لا تكون دعوى أصلية (١) .

ولكن بالرغم من هذه الحركة الفقهية لا تزال دعوى الإثراء عند جمهور الفقهاء في فرنسا وعند القضاء الفرنسي (٢) دعوى احتياطية على الأمنى الذى قال به أوبرى ورو فيما قدمناه . والسبب فى ذلك . كما لاحظ بحق الأستاذ مارافان (Maravent) فى رسالته (٣) ، أن معنى «سبب الإثراء» لا يزال فى فرنسا محل خلاف ، ولم ينضبط على الوجه الذى انضبط به فى مصر . وسرى أن هناك ارتباطاً شديداً بين سبب الإثراء والصفة الاحتياطية للدعوى . وأنه متى انضبط معنى سبب الإثراء على الوجه الذى أسلفناه والذى أخذ به القانون المصرى الجديد . وفسر هذا السبب بأنه هو المصدر القانونى الذى يكسب المثرى الإثراء . لم تعه هناك فائدة محسوسة للقول بأن دعوى الإثراء دعوى احتياطية . ويعنى عن هذا القول تفسير السبب على الوجه المتقدم الذكر . وإذا كانت دعوى الإثراء قد أصبحت . بعد أن انطلقت من عقالمنا . فى حاجة إلى قيد تنضبط به . فالأولى ألا يكون القيد هو هذه الصفة الاحتياطية المزعومة التى ابتدعتها الأستاذان أوبرى ورو . بل يكون هو «سبب الإثراء» مفهوماً على المعنى الذى قدمناه فبدخل قيداً فى الدعوى تنضبط به على الوجه المطلوب . وسرى الآن أن الفقه والقضاء فى مصر تقدما فى هذا السبيل تقدماً مشهوداً . وأن القانون المصرى الجديد خطا فيه الخطوة الخامسة .

٢٨ - القانون المصرى

٧٧٩ - **الفقه والقضاء فى مصر** : سار الفقه والقضاء فى مصر بادىء الأمر

فى الطريق الذى سار فيه الفقه والقضاء فى فرنسا ، فقالا بالصفة الاحتياطية للدعوى (٤) .

(١) أنظر كابيتان فى كتابه الأحكام الكبرى للقضاء امدى طبعة مائة مارس سنة ١٩٥٠ ص ٣٣٦ (وقد سبق الإشارة إلى هذا المرجع) .

(٢) وقد سبق الإشارة إلى الفقه والقضاء الفرنسيين الذين يؤيدان الصفة الاحتياطية للدعوى .

(٣) مارافان مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ ص ١٢٩ - - ص ١٣١ .

(٤) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٩ أبريل ١٩٢٩ - ٤١ مارس ٣٤٥ - وفى ١٣ يناير

ولكن جانباً من الفقه ما لبث أن شق لنفسه طريقاً آخر . وأخذ يتساءل : هل صحيح ما يقال من أن دعوى الإثراء دعوى احتياطية؟ وننقل هنا ما كتبناه في «الموجز» في ظل القانون المدني القديم :

«تقرر الفقهاء عادة أن دعوى الإثراء على حساب الغير هي دعوى احتياطية . ويريدون بهذا أنه لا يجوز للمدعى الالتجاء إليها إلا إذا أعوزته السبل الأخرى . فإذا كان له سبيل غير دعوى الإثراء ، فعليه أن يسلك هذا السبيل . مثل ذلك أن يقتصب شخص مالا لغيره فينتفع به ، فهنا يستطيع صاحب المال أن يرجع على المعتصب بدعوى المسؤولية التقصيرية فلا يرجع عليه بدعوى الإثراء . وقد يكون للمفتقر طريق آخر ، ولكن قبل الغير لا قبل المثرى . فهنا أيضاً يرجع المفتقر على الغير لا على المثرى . مثل ذلك أن يتفق طبيب مع مريض على معالجته ، ويكون المريض قد أمن على نفسه ضد المرض ، فلا يرجع الطبيب على شركة التأمين بدعوى الإثراء ، بل يرجع على المريض بدعوى العقد . ومثل ذلك أيضاً أن يوفى شخص ديناً على غيره معتقداً أن الدين في ذمته ، فيكون له ، إلى جانب دعوى الإثراء قبل المدين الحقيقي ، دعوى دفع مالا يجب قبل الدائن الذي استوفى الدين . فعليه أن يرجع بالدعوى الثانية دون الأولى » .

«ونحن لا نرى محلاً للقول بأن دعوى الإثراء على حساب الغير دعوى

= سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٨ — وفي أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٦ —
إتاي البارود ٦ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ١١٩٠ (وقد سبقت الإشارة إلى بعض هذه الأحكام) . وانظر والتون ٢ ص ١٩٠ — ص ١٩١ — ذهني . فقرة ٧٠٥ وما بعدها —
حشمت أبو ستيت فقرة ٥٢٣ ص ٣٨٩ (وقد سبقت الإشارة إلى هذه المراجع) —
وينضم الدكتور وديع فرج في مذكراته إلى رأي من يقولون بالصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء . وبأخذ على القانون الجديد أنه تقي هذه الصفة عن الدعوى . ثم يقول إن التعديل الذي أدخله القانون الجديد له أثر عميق ، إذ يصح تطبيقاً لهذا التعديل — بحسب رأيه — أن يختار صاحب الأرض التي بنى فيها أجنبي بحسن نية ، في رجوعه على الباني ، بين المطالبة بما تقضى به المادة ٩٢٥ وبين دعوى الإثراء بعد أن أصبحت دعوى أصلية . وواضح أن المادة ٩٢٥ قد تكفلت ببيان حكم الباني بحسن نية في أرض الغير ، وهي تطبيق خاص لدعوى الإثراء ، كما أسلفنا القول . فتطبيق هذه المادة إنما هو تطبيق لدعوى الإثراء ذاتها في حالة من حالاتها الخاصة . فلا يجوز القول بعد ذلك إن لصاحب الأرض أن يختار بينها وبين دعوى الإثراء . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

احتياطية . فهي دعوى ككل الدعاوى متى توافرت شروطها أمكن رفعها ، حتى لو وجد المدعى أمامه طرقاً أخرى . أما ما يقال من أن الدعوى مبنية على قواعد العدالة ، فلا يجوز الالتجاء إليها إلا عندما تضيق القواعد القانونية ، فقول كان يصح في قانون كالتقانون الروماني حيث كان هناك تمييز بين قواعد العدالة ممثلة في القانون البيطوري وقواعد القانون ممثلة في القانون المدني العتيق ، أو في القانون الإنجليزي حيث كانت قواعد العدالة منفصلة عن «القانون العام» . أما الآن فلا تمييز بين قواعد العدالة وقواعد القانون ، فكلهما قانون يمكن الالتجاء إليه . ولا يشترط الالتجاء إلى واحد قبل الآخر . «أما ما قدمناه من الأمثلة التي رأينا فيها المدعى يملك دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ، فلا نرى فيها ما يمنع المدعى من أن يترك هذه الدعوى الأخرى إلى دعوى الإثراء . فيستطيع صاحب المال أن يترك دعوى المسؤولية التقصيرية قبل المعتصم . ويستطيع الطبيب أن يترك دعوى العقد قبل المريض ، ويستطيع من وفي دين غيره أن يترك دعوى دفع ما لا يجب قبل الدائن ، ويلجأ هؤلاء جميعاً إلى دعوى الإثراء . إلا أنهم لا يفعلون ، إذ أن هذه الدعاوى الأخرى أجدى عليهم من دعوى الإثراء . ففيها يستولون على تعويض كامل ، أما في دعوى الإثراء فلا ينالون إلا أقل القيمتين من إثراء أو افتقار ... (١) » .

هذا ما قلناه في «الموجز» في ظل القانون القديم . ولا نزال نقوله حتى اليوم ، وفي ظل القانون الجديد (٢) .

وينحو الدكتور محمود أبو عافية هذا النحو في رسالته «التصرف القانوني المجرد» ، بل هو يربط في وضوح ما بين «السبب في الإثراء» والصفة الاحتياطية للدعوى فيقول : «ينسر الفقه في فرنسا ومصر هذا المبدأ بقوله إن دعوى الإثراء دعوى احتياطية . . . وهذا في رأينا خطأ يؤسف له لشدة ما يترتب عليه من تعقيد مسألة الإثراء . ولا نرى علة لوجود هذا الخطأ سوى أخذ السبب في الإثراء بمعنى الغرض الشخصي المنشود . أما إذا

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٣٩٠ - فقرة ٣٩١ .

(٢) وهذا مع تحفظ واحد خاص بتحديد معنى «الافتقار» في الأمانة التي وردت في النص . وسنعود إليه بالتفصيل فيما يلي .

أخذناه على معنى السبب المنشئ : فإن دعوى الإثراء لا تجوز مباشرتها في الحالة المذكورة في المتن (حالة المشتري الذي يدفع الثمن دون أن تنتقل إليه ملكية المبيع ، فلا يجوز له أن يرجع على البائع بدعوى الإثراء بل يرجع بدعوى البيع) لا لأنها دعوى احتياطية . وإنما لأن الإثراء له سبب هو العقد المأمور (١) .

وينهج الأستاذ مارافان (Maravent) في رسالته هذا المنهج ، ويبين في وضوح وقوة أن الصفة الاحتياطية المزعومة لدعوى الإثراء لا تلبث أن تختفي إذا فهم «السبب في الإثراء» على الوجه الصحيح (٢) .

هذا هو الفقه المصري في مرحلته الأخيرة قبل صدور القانون المدني الجديد . أما القضاء في مصر فكان أقل وضوحاً في إنكار الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء : ولكن محكمة النقض لم تصرح في حكم من أحكامها بأن للدعوى هذه الصفة على الرغم مما نسب إليها من ذلك (٣) .

-
- (١) الدكتور عمود أبو عافية : التصرف القانوني المجرد (نسخة عربية) فقرة ٥٢ ص ١٩٦ حاشية رقم ٧ .
(٢) الدكتور مارافان (Maravent) مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ ص ١٢٤ - ص ١٤٥ .

(٣) ينسب الدكتور حشمت أبو سنيت (فقرة ٥٣٣ ص ٣٨٩) إلى محكمة النقض أن قضاءها استقر على أن لدعوى الإثراء صفة احتياطية . ويورد في سبيل الاستشهاد على ذلك حكماً صدر من هذه المحكمة في ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (ملحق القانون والاقتصاد ص ٦٨) تقول فيه «حيث وجد بين المتخاصمين رابطة عقدية فلا قيام لدعوى الإثراء بغير سبب على حساب الغير ، بل تكون أحكام العقد هي مناط تحديد حقوق كل من المتخاصمين وواجباته قبل الآخر» (أنظر أيضاً مارافان وهو يشهد على هذا الرأي بنفس الحكم في ص ١٢٧ حاشية ٢) . وغى عن البيان أن الحكم غير صريح في المعنى المنسوب إلى محكمة النقض . وقد استشهدنا نحن بهذا الحكم ذاته في صدد أن الإثراء قد يكون سببه عقد . ومن هنا نرى الارتباط القوي بين الصفة الاحتياطية والسبب في الإثراء . فإن حكماً واحداً استشهد به على كل من الأمرين .

على أن هذين الأمرين جد مختلفين . فالقول بأن دعوى الإثراء دعوى احتياطية لا تبشر إذا وجدت بجانبها دعوى أخرى غير القول بأنه إذا وجد للإثراء سبب فلا تقوم دعوى الإثراء . وفرق بين أن يقال إن دعوى الإثراء قائمة واسكنها لا تبشر ، وأن يقال إن دعوى الإثراء لا تبشر لأنها غير قائمة .

٧٨٠- القانون المصري الجديد : وجاء القانون الجديد صدى للفقہ

المصري في مرحلته الأخيرة ، مستجيباً لدعوته . جاعلاً من دعوى الإثراء دعوى أصلية ، مؤكداً بذلك استقلال هذه الدعوى . بعد أن رد إليها اعتبارها ، ونفى عنها الصفة الاحتياطية ، فرفعها بذلك إلى مرتبة دعوى العقد ودعوى المسؤولية التقصيرية .

ويبقى أن نبرر هذا الموقف الحق الذي وقفه القانون الجديد .

إن الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء لا يمكن أن تثار في أية حالة لا يكون فيها للمدعى دعوى أخرى إلى جانبها . والحالات التي من هذا القبيل كثيرة متنوعة . وقد رأينا أمثلة منها متعددة فيما قدمناه . وهذا هو الميدان الحقيقي لدعوى الإثراء .

أما إذا قامت دعوى أخرى إلى جانب دعوى الإثراء . فهنا تثار الصفة الاحتياطية المزعومة ، ويقال إن المدعى لا يجوز له أن يرجع بدعوى الإثراء لأنها دعوى احتياطية لا تجوز مباشرتها إذا وجد سبيل قانوني آخر . فيتعين عليه أن يباشر الدعوى الأخرى دون دعوى الإثراء . مثل ذلك المعبر بدفع العارية للمستعير وله في استردادها دعوى العارية ودعوى الاستحقاق . فلا يجوز له في هذه الحالة الرجوع بدعوى الإثراء . ومثل ذلك أيضاً المغتصب لمال الغير ، يستطيع صاحب المال أن يرجع عليه بدعوى الغصب ، فلا يجوز أن يرجع عليه بدعوى الإثراء .

والصحيح أن المعبر في المثل الأول ، إذا كان لا يجوز له الرجوع بدعوى الإثراء . فليس ذلك لأنها دعوى احتياطية . بل لأنها غير قائمة أصلاً . إذ المزمع هنا وهو المستعير قد أثرى بسبب قانوني هو عقد العارية كما رأينا فيما تقدم . وسرى فيما يلي أن «سبب الإثراء» يغنى في الكثرة الغالبة من الأحوال . كما أغنى في هذه الحالة ، عن الالتجاء إلى الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء . أما في المثل الثاني فلا يوجد ما يمنع صاحب المال من الرجوع على المغتصب بدعوى الإثراء . فهو بالخيار بين هذه الدعوى ودعوى الغصب . وإن كان في الواقع يختار دعوى الغصب إذ هي تهنيء له تعويضاً أوفر . فدعوى الإثراء

لا تكون إذن دعوى احتياطية إلا إذا كان ذلك من ناحية الواقع لا من ناحية القانون (١).

(١) وقد رأينا فيما نلاه عن الموجز (فقرة ٣٩٠ — فقرة ٣٩١) مثلين آخرين :
(١) يتفق طبيب مع مريض على معالجته ويكون المريض قد أمن على نفسه من المرض . (٢) يوفى شخص ديناً على غيره معتقداً أن الدين في دمه — وقتلنا إنا لا نرى ما يمنع من أن يترك الطبيب دعوى القصد قبل المريض إلى دعوى الإثراء قبل شركة التأمين ، وأن يترك من وفى دين غيره دعوى دفع غير المستحق قبل الدائن إلى دعوى الإثراء قبل المدين .

وفى هذين المثالين اجتمعت دعوى الإثراء مع دعوى القصد ومع دعوى دفع غير المستحق . وقد تجتمع مع دعوى المسؤولية التقصيرية كما رأينا في مثل المتصّب لمال الغير الذى أوردناه في المتن ، وكما يقع في المناصفة غير المشروعة وفى التقليد (contrafaçon) فيجوز للدعى أن يرجع على المنافس أو المظاد بدعوى المسؤولية التقصيرية أو بدعوى الإثراء . وقد تجتمع دعوى الإثراء مع دعوى الفضالة كما إذا كشف نسبة ميراثاً لشخص مجهول أنه وارث ، وكما إذا تولى حمام عملاً لصالح شخص دون توكيل ، فيجوز أن يرجع النسابة أو المحامى على من أئثرى إما بدعوى الفضالة أو بدعوى الإثراء .

ونستخلص من هذه الأمثلة أن دعوى الإثراء هي دعوى أصلية ، فإذا اجتمعت مع دعوى أخرى — كدعوى القصد أو دعوى المسؤولية التقصيرية — أو دعوى دفع غير المستحق أو دعوى الفضالة — كان للدعى الجار بينها وبين هذه الدعوى الأخرى . وفى هذا النطاق وحده يمكن أن تصور أن تقوم دعوى الإثراء مع قيام دعوى أخرى إلى جانبها .

ويمكن القول — وهذا هو التحفظ الذى أشرنا إليه عندما كنا نتقل عن الموجز — إن دعوى الإثراء حتى في هذا النطاق لا تقوم . ولعلنا نستطيع الوصول إلى هذه النتيجة عن طريق تحليل معنى «الافتقار» تحليلاً أبعد مدى مما قدمناه . إذ يلاحظ أن الافتقار في كل هذه الأمثلة يقابله حق ترتب للفتقر بسبب افتقاره . فالمنصوب ماله كسب بالفصب حقاً في التعويض قبل الغاصب .

والطبيب كسب بالقصد حقاً قبل المريض . والموظف لدين غيره كسب بالوفاء حقاً قبل الدائن . ومن نوفس منافسة غير مشروعة أو قلدت بضاعته كسب بالمنافسة غير المشروعة أو بالتقليد حقاً قبل المنافس أو التقليد . والنسابة والمحامى دون توكيل كسب بالفضالة حقاً قبل الوارث وقبل من ترافع عنه المحامى — فهل إذا كان المفتقر في الوقت الذى افتقر فيه كسب حقاً يعادل هذا الافتقار ودخل هذا الحق في ماله ، يمكن القول مع ذلك إن افتقاره موجود ؟ ألا يجوز أن يقال إن الافتقار هنا قابله حق يعادله فائدهم ، فلا تقوم دعوى الإثراء في جميع الحالات التى قدمناها ؟ إذا صح ذلك أتحمى كل فرض تقوم فيه دعوى الإثراء مع قيام دعوى أخرى إلى جانبها ، فبذه الدعوى الأخرى إذا قامت تكون إما «سبباً» للإثراء أو «معادلاً» للافتقار ، وفى الحالتين لا تقوم دعوى الإثراء .

وهذا الرأى له مريضان : (أولاً) أنه ييسر المسألة التى نحن بصدد حلها إلى حد كبير ، وبهذا من أن نقرس إلى جانب دعوى الإثراء دعوى أخرى قائمة ، ثم نقسم أن يجوز مع قيام هذه الدعوى الأخرى ممانعة دعوى الإثراء ، تقرر في سبيل أن دعوى الإثراء إذا توافرت أركانها =

بقيت الحالات التي تكون فيها الدعوى الأخرى التي قامت إلى جانب دعوى الإثراء قد انسدت طريقها ، فلا يستطيع المدعى أن يباشر دعوى الإثراء لأنها كما يقال دعوى احتياطية ، ولا الدعوى الأخرى لأن طريقها قد انسدت . وجميع الأمثلة التي نورد عادة في هذا الصدد ليست إلا حالات تحقق فيها للإثراء سبب قانوني ، فلا يجوز للمدعى أن يرجع بدعوى الإثراء ، لا لأنها دعوى احتياطية ، بل لأنها ليست قائمة . فإذا أقرض شخص آخر مبلغاً من النقود يزيد على عشرة الجنيهات ولم يحصل على دليل كتابي ، وأراد المقرض - بعد أن انسدت أمامه طريق دعوى القرض مانع قانوني هو انعدام الدليل الكتابي - أن يرجع على المقرض بدعوى الإثراء حتى يتمكن من إثبات القرض بالبيئة كواقعة مادية ، لم يميز له ذلك لأن الإثراء هنا له سبب هو عقد القرض (١) . وإذا أقرض مصرف مديناً مبلغاً من النقود سدد به دائناً مرتبها ،

= لا يمكن أن تقوم إلى جانبها دعوى أخرى . فتصبح مسألة الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء مسألة غير ذات موضوع . (ثانياً) أنه يجعل للافتقار «معادلاً» له مزية التعديد الذي جعلناه «لسبب» الإثراء . فكما أن الإثراء قد يكون له «سبب» هو المصدر القانوني الذي أوجب المقرض هذا الإثراء ، كذلك الافتقار قد يكون له «معادل» هو الحق القانوني الذي كسبه المقرض بسبب هذا الافتقار . والافتقار «بمعادل» كالإثراء «بسبب» ، كلاهما يدم في دعوى الإثراء ركناً من أركانها فلا تقوم .

هذا وقد تحتج دعوى الإثراء مع الدعوى غير المباشرة ، كصاحب أرض يؤجرها ويشترط على المتأجر أن يكون ما يقيم هذا من بناء ملكاً له . ثم يتعاقد المتأجر مع مقاول لإقامة البناء ، ويميز عن الوفاء بالتزامه نحو كل من المقاول وصاحب الأرض ، فليتم هذا نحو المتأجر أن يعرض المقاول ويتولى على البناء . فللمقاول في هذه الحالة أن يرجع على صاحب الأرض إما بدعوى الإثراء ، أو بالدعوى غير المباشرة نيابة عن المتأجر . ولكن دعوى الإثراء هنا لم يوجد إلى جانبها دعوى أخرى للمقاول ، فإن الدعوى غير المباشرة ليست إلا دعوى المتأجر يستعملها المقاول نيابة عنه (أنظر محكمة السين الفرنسية في ٨ ديسمبر سنة ١٨٩٩ جازت دى باليه ١٩٠٠ - ١ - ٢٩٠ - محكمة الاستئناف المختلطة في ٥ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٨٦ يمارض حكماً آخر في أول مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٨٦) .

(١) ويرى الأستاذ ناكيه (Naquet) جواز أن يباشر المقرض دعوى الإثراء بشرط إثبات واقعة الإثراء بالكتابة قياساً على الواقع القانونية التي تطوى على عقود فإنه يجب إثباتها بالكتابة كما في جريمة خيانة الأمانة (تطبيق على حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٢ مايو سنة ١٩١٢ - ١٩١٨ - ١ - ٤١) .

والصحيح أن دعوى الإثراء هنا لا تقوم لوجود سبب للإثراء غير عقد القرض كما قد يقال =

وأهل المصرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لحلولة محل هذا الدائن المرتهن ، وترتب على ذلك أن دائناً متأخراً تقدم على المصرف ، وأراد المصرف - بعد أن انسد أمامه طريق دعوى الحلول بإهماله - أن يرجع على الدائن المتأخر بدعوى الإثراء ، لم يجز له الرجوع بهذه الدعوى لأن إثراء الدائن المتأخر له سبب هو

= وهذا هو شأن عقد المعاولة إذا أبرم كتابة بأجر إجمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب الصل (م ٦٥٨ فقرة ١ وضرة ٢ مدني جديد) ، فإذا حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة لم يأذن بهما رب الصل كتابة ، وأراد الماثل الرجوع على رب الصل بزيادة في الأجر ، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى المقد إذ لا يجوز له إثبات الاتفاق على التعديل أو الإضافة إلا بورقة مكتوبة ، ولا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء لأن إثراء رب الصل له سبب هو عقد المعاولة الأصل .

وهذا أيضاً هو شأن كل القروض التي يقوم فيها إلى جانب دعوى الإثراء دعوى أخرى ينسد طريقها لمانع قانوني (انظر الحاشية الثالثة من الحالات الخمس التي بحثها ألويزينو في رسالته) . فإذا قام تاجر بجوريد أشياء لشخص لا يتجر فيها ، وتتادم حقه باقتضاء سنة (م ٣٧٨ مدني جديد) ، وانسد طريق دعوى القسط بالتقادم ، فإن التاجر لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء لأن المدعى عليه قد أترى بسبب قانوني هو التقادم . وإذا باع قاصر عقاراً بغير فاحش ورفع دعوى لتكفلة الثمن نقض له بالتكفلة ، ثم زلت قيمة العقار في يد المشتري إلى أقل من أربعة أخلاسه ، وانسد طريق دعوى تكفلة الثمن بصور حكم نهائي ، فإن للمشتري لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على القاصر لأن هذا قد أترى بسبب قانوني هو براءة النقص .

وقد رأينا فيما قسمناه من الأمثلة أن المانع القانوني الذي ينسد به طريق الدعوى الأخرى ينقلب فيكون سبباً للإثراء ، فيمنع بذلك قيام دعوى الإثراء . فإذا لم ينقلب هذا المانع القانوني سبباً للإثراء ، انسد الطريق دون الدعوى الأخرى من غير أن ينسد دون دعوى الإثراء . وهذا قاطع في أن دعوى الإثراء ليست بالدعوى الاحتياطية كما يقال . ونأتي بمثل لذلك : نصت المادة ١٨٤ من القانون المدني الجديد (م ١٨٤/٢٠٩ قديم) على أنه لا عمل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن وهو حسن النية قد تجرد من سند الدين أو مما حصل عليه من التأمينات أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم . ويلتزم المدين الحقيقي في هذه الحالة بتعويض الغير الذي قام بالوفاء . فبها وجدت دعوى استرداد غير المستحق . وانسد طريقها لمانع قانوني وهو تجرد الدائن من سند الدين أو من التأمينات أو سقوط دعواه بالتقادم ، ولكن القانون اصطنع هذا المانع بقدر فلم يحمله سبباً للإثراء ، وأجاز للغير الذي قام بالوفاء أن يرجع بدعوى الإثراء على المدين الحقيقي . ولا يقال ، إذا ترك الدائن دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم ، إن التقادم هو سبب للإثراء ، ذلك لأن دعوى الدائن وقت أن استوفى الدين ، أي وقت أن أترى ، لم تكن قد سقطت بالتقادم ، والعبرة في الإثراء بوقت وقوعه لا بوقت رفع الدعوى كما سترى .

حكم القانون وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (١). وإذا تعاقد معلم مع والد تلميذ على أن يعطى التلميذ درساً خاصاً . ثم ينلس الأب . فتتسد أمام المعلم دعوى الرجوع عليه بالعقد لإعساره . ويريد المعلم الرجوع على التلميذ بدعوى الإثراء بلا سبب . لم يجوز له ذلك لأن إثراء التلميذ له سبب هو التزام

(١) وهذا أيضاً هو شأن كل الفروض التي يقوم فيها إلى جانب دعوى الإثراء دعوى أخرى بسند طريقها بفعل الدائن (أنظر الحالة الرابعة من الحالات الخمس التي بحثها ألويزينو في رسالته) . فإذا كان شخص يملك كلباً ضل في غابة للصيد ، فأسك به صاحب الغابة وأبقاه عنده ألبناً متولياً نفقة لإطعامه دون أن يسلمه للبلدية ، فقد أدامه طريق دعوى الضالة بفعله ، فإن صاحب الغابة لا يستطيع أن يرجع بدعوى الإثراء على صاحب الكلب ، لأن هذا إذا كان قد أترى فلاثرائه سبب هو قانون ٢١ يونية سنة ١٨٩٨ الذي يوجب في فرنسا تسليم الكلاب الضالة للبلدية وهي التي تتولى إطعامها (أنظر رسالة ألويزينو ص ١٥١ - ص ١٥٢ - مرافان مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ ص ١٤١ - ص ١٤٢ - أنظر أيضاً محكمة إنيلى البرود في ٦ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٧٩٠ - محكمة الاستئناف المختلطة في ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٨ - وفي أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٧ وهي الأحكام التي أشار إليها مرافان في المرجع المشار إليه) . وإذا أهمل الماقل في اتخاذ الإجراءات اللازمة لقيد حق امتيازاه على بناء أقامه لشخص أفلس ، فقد أمله طريق دعوى الامتياز بفعله ، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب على التقلية ، لأن التقلية إذا كانت قد أترت من ضياع حق امتياز الماقل ، فلهذا الإثراء سبب قانوني هو أحكام القانون الخاصة بمراتب الدائنين (أنظر ألويزينو ص ١٥٢ - ص ١٥٤ - مرافان ص ١٤٠)

يضاف إلى هذه الأمثلة مثل آخر في قضية فرنسية هي قضية (Deschalette) (تقضى مرسى ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٢ دالوز ١٣ - ١ - ٤٣٣) : باع رجل أرضاً لخليته ييماً سورياً ، مرهنت الخلية الأرض للمصرف في مقابل قرض أقامت به بناء على الأرض . فرفضت مطلقة البائع دعوى قضت فيها محكمة النقض الفرنسية ببطالان الرهن الصادر من الخلية لأن ملكيتها للأرض ملكية سورية ، ورفضت أن يكون للمصرف دعوى لإثراء قبل المطلقة التي أترت من وراء بطلان الرهن إذا ارضعت مرتبة رهنها القانوني على أموال مطلقها ومنها هذه الأرض . ويقول الأستاذ رواست في صدد هذه القضية إن دعوى الإثراء ترفض لأن المصرف أهمل . وهذا غير صحيح لأن المصرف لم يكن يعلم بصورية البيع ، وبه أهمل فدعوى الإثراء لا تنفع بإهمال الدائن وقد رأينا أن الحائز سبي ، النية يرجع بدعوى الإثراء ، والصحيح أن محكمة النقض الفرنسية أخطأت في إطلاق الرهن ، لأن الصورية لا يحتج بها على الغير حسن النية . أما إذا فرضنا جدلاً أن الصورية يحتج بها هنا ، فإن محكمة النقض تكون قد أصابت في إنكار دعوى الإثراء على المصرف الذي سد طريق دعوى الرهن بفعله ، وإذا كانت المطلقة قد أترت ، فإن لإثرائها سبباً قانونياً هو أحكام القانون الخاصة بمقتضى مراتب الدائنين (مرافان ص ١٣٨ - ص ١٤٠ - ألويزينو ص ١٤٤ - ص ١٥٠) .

الآب أن يقوم على تعليم ولده (١).

ويتبين مما قدمناه أن دعوى الإثراء هي دعوى أصالية . فإذا قامت دعوى أخرى إلى جانبها ، كان للمدعى الخيار بين الدعويتين . وإذا كان يختار في الواقع الدعوى الأخرى ، فتبدو دعوى الإثراء في الظاهر كأنها دعوى احتياطية ، فإن ذلك يرجع إلى أن هذه الدعوى الأخرى إما أن تكون قد جعلت للإثراء سبباً فلا يستطيع المدعى أن يباشر دعوى الإثراء ، وإما أن تكون هي الأجدى على المدعى فلا يرغب في أن يباشر دعوى الإثراء .

وإذا كان هناك شيء يستبقى من فكرة الصفة الاحتياطية ، فليس ذلك ما يقال من أنه يجب على المدعى أن يستعرض الدعاوى واحدة بعد الأخرى ، فإذا استفدها جميعاً ولم يستقم له أى منها التجأ إلى دعوى الإثراء . بل الذى يستبقى هو أنه يجب على المدعى أن يستعرض الأسباب القانونية واحداً بعد الآخر ، فإذا استفدها جميعاً ولم يبق أى منها سبباً لإثراء المدعى عليه ، جاز له عند ذلك أن يرجع بدعوى الإثراء (٢) .

المطلب الثانى

لا ضرورة لأن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى

٧٨١- القانون المدنى الجديد : نص القانون المدنى الجديد صراحة في

(١) وقد رأينا أن محكمة مونتيلييه الفرنسية (٣ فبراير سنة ١٨٦٩ دالوز ٦٩ - ٢ - ٢١٣) أجازت رجوع العلم على التليذ بدعوى الإثراء بلا سبب . (أنظر ألويزينو ص ١٥٧) وأنظر عكس ذلك مارافان ص ١٠٩ .

كذلك إذا باع شخص سيارة لآخر ، فوهبها المشتري لثالث ، وفسخ البائع البيع وأراد الرجوع على المشتري فوجده معسراً ، فهو لا يستطيع الرجوع على الوهب له بدعوى الإثراء ، لأن الوهب له قد أترى بسبب قانونى هو حيازة المنقول بحسن نية (لا عقد الهبة لأن الواهب قد انفسخ سند ملكيته) . وقد سبقت الإشارة إلى أن المشروع التمهيدي لقانون المدنى الجديد اشتمل على نص يبيز في هذه الحالة رجوع البائع على الوهب له بدعوى الإثراء ، ولكن النص حذف في لجنة المراجعة ، فخرج المشروع النهائي خالياً منه .

(٢) وإذا أخذنا بفكرة «المعادل» في الافتقار على الوجه الذى قدمناه أمكن أن تقول إن دعوى الإثراء دعوى احتياطية بالمعنى الآتى : يجب على المدعى قبل أن يلجأ إلى دعوى الإثراء =

المادة ١٧٩ على أن التزام المثرى يبقى قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد. ومعنى ذلك أن العبارة بحصول الإثراء . فتى حصل وجد الالتزام في ذمة المثرى ، وليس من الضروري بعد ذلك أن يبقى الإثراء قائماً إلى وقت رفع الدعوى .

٧٨٢-الرأى المعارضه : والرأى السائد في فرنسا (١) هو الرأى المعارض.

إذ يشترط هناك - كما كان يشترط في مصر (٢) قبل صدور القانون المدني الجديد - أن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى . وقد جاء في «الموجز» (٣) في هذا الصدد ما يأتي : «والنادر الذي أثير به المدين يجب أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى عليه من الدائن . وينبني على ذلك أنه لو قام الدائن بترميمات في منزل للمدين . ثم احترق المنزل قبل أن يرفع الدائن الدعوى، فإنه لا يرجع بشيء على المدين . ولكن إذا احترق المنزل بعد رفع الدعوى

= أن يستعرض كل الأسباب التي تصلح مصدراً قانونياً لقيام الإثراء أو لقيام معادل الانتفاع ، فإذا استفدها جميعاً ولم يجد أيها يصلح لذلك ، جاز له عندئذ أن يرجع بدعوى الإثراء .

(١) لوران ٢٠ فقرة ٣٤٠ - أوبري ورو طبعة خامسة ص ٣٦٢ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٨٤٩ (٢٦) - بلانيول وريبير وإسبن ٧ ص ٥٠ - جوسران ٢ ص ٢٨٠ (١) - محكمة ليون الاستئنافية ١١ يناير سنة ١٩٠٦ داللو ١٩٠٦ - ٢ - ١٣٢٢ - محكمة باريس الاستئنافية ٢٧ يولية سنة ١٩٢٨ - سيري ١٩٣٠ - ٢ - ٧٣ - محكمة فينا الابتدائية ٤ يناير سنة ١٩٢٣ داللو ١٩٢٣ - ٢ - ١٥٣ - وقارن ديموج ٣ فقرة ١٧٠ ص ٢٨١ .

(٢) دى هانس ٢ ص ٢٩٩ - والنون ٢ ص ١٩٠ - الموجز للدولف ص ٣٨٧ ص ٣٨٨ - مارافان ص ٧٥ - ص ٨٣ . ومع ذلك فإن حشمت أبو ستيت فقرة ٥٣٥ وفترة ٥٤١ وفترة ٥٤٩ .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن دعوى الإثراء تفترض أن مال المدعى عليه قد زاد وقت رفع الدعوى بسبب ما قدمه له المدعى . فلا تقوم هذه الدعوى في جميع الحالات التي يرى فيها المدعى عليه أن هذه الزيادة في ماله قد زالت ، حتى لو كان زوالها قد وقع بسبب ما ألقته منها ، إلا إذا كان الإغناق لضرورة من ضرورات العاش بحيث يكون من المحقق أن مال المدعى عليه كان ينقص بالإغناق لهذا السبب لولا الزيادة التي أحدثها المدعى (استئناف مختلط في ٢٨ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤١٧ - أنظر أيضاً استئناف مختلط في ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٢٢ - محكمة الصورة الجزئية المختلطة في ١٢ أغسطس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٥ رقم ١٩٩ ص ٣١٢ - محكمة أشمون الجزئية في ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٥٠ ص ١٩٥) .

(٣) ص ٣٨٧ - ص ٣٨٨ .

وقبل صدور الحكم، فلا يؤثر هذا في حق الدائن، فإن الحكم يستند إلى يوم رفع الدعوى. على أن الإثراء يعتبر قائماً ولو كان ناشئاً عن خدمات أداها الدائن للمدين وانتهت هذه الخدمات قبل رفع الدعوى، إلا إذا كانت هذه الخدمات قد أنشأت فائدة مادية كانت قائمة ثم هلكت قبل التقاضي. وهذا الحكم الغريب - وهو البقية الباقية من مخلفات الماضي وقت أن كانت دعوى الإثراء ترسف في الأغلال والتبؤد - يقيمه أنصاره على الأسانيد الآتية (١):

- (١) أن الغرض من دعوى الإثراء هو إعادة التوازن الذي اختل بين ذمتين ماليتين، إحداهما أثرت بسبب افتقار الأخرى، فالوقت الذي يعتبر فيه اختلال التوازن هو الوقت الذي تطلب فيه إعادته، أى وقت رفع الدعوى
- (٢) اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى هو الذي يميز دعوى الإثراء عن دعوى الفضالة. ففي الفضالة لا يشترط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى، لأن الفضولى وهو يولى جميلاً لرب العمل أولى بالرعاية من المفتقر.
- (٣) أن الإثراء بمائل الضرر في المسئولية التقصيرية، وكلاهما يقدر وقت رفع الدعوى.
- (٤) أن جميع التقنيات الحديثة تقدر الإثراء وقت رفع الدعوى (٢).

(١) تنقل هذه الأسانيد عن ملاطان بنوع خاص، فهو من أنصار هذا الحكم ومن أكثرهم تحمساً له (أنظر ملاطان مجلة مصر المصرية سنة ١٩٤٩ م ص ٧٥ - ٨٣).
 (٢) هذه هي الأسانيد الرئيسية. ويضاف إليها عادة حجج أخرى ثانوية منها:
 ١٥ أن الإثراء دخل في مال المثرى دون إرادته، بل دون علمه في بعض الأحيان، فكيف يجوز عدالة أن يرد المثرى هذا الإثراء إذا لم يبق منه أثر وقت رفع الدعوى؟
 ٢٥ يقع كثيراً أن يكون المفتقر هو السبب في إفقار غيره، فواجبه أن يعجل في رفع الدعوى قبل أن يزول الإثراء (أدورنيو ص ٧٥).

٣٥ اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى يؤدي إلى نتائج عادة في الفروض الآتية: ١) إذا اشتمل الإثراء على سندات استهلك وقت رفع الدعوى فن العدل أن ترد قيمتها الاسمية - وهى القيمة وقت رفع الدعوى - لا قيمتها الفعلية - وهى القيمة وقت الإثراء، إذ قد تكون القيمة الأولى أقل بكثير من القيمة الثانية. ب) إذا اشتمل الإثراء على عين باعها المثرى أو وهبها، فن العدل أن يرد الثمن في حالة البيع أو لا يرد شيئاً في حالة الهبة - وعندها هى قيمة الإثراء. وقت رفع الدعوى. أما إذا رد قيمة الإثراء وقت حصوله فيجب أن يرد قيمة العين للمالئ البيع والهبة - ج) إذا كان الإثراء لم يتحقق، كما إذا أقيم مستأجر بناء =

٧٨٣-الرأى الصحيح : والرأى الصحيح فى نظرنا هو الرأى الذى

أخذ به القانون المدنى الجديد من أن العبرة فى تقدير الإثراء بوقت حصوله لا بوقت رفع الدعوى . وما دمتا نريد أن نحرر قاعدة الإثراء من القيود التى أنفلقها فى الماضى ، فالواجب أن نتحاكم فى هذه المسألة ، لا إلى تقاليد القاعدة ، بل إلى المنطق القانونى السليم . وقد قدمنا أن مصدر التزام المثرى هو واقعة الإثراء . ولما كان الالتزام بوجوده بوجود مصدره . فالزام المثرى بالتعويض يوجد بمجرد أن تتحقق واقعة الإثراء . فمنذ أثرى المثرى أصبح ملتزماً . ومتى تعين وقت قيام الالتزام تعين كذلك محل الالتزام ، إذ الالتزام لا يقوم إلا بقيام محله . فيتعين إذن محل الالتزام - وقيمة الإثراء أحد عنصريه - وقت تحقق الإثراء . ويتبين من ذلك فى وضوح أن قيمة الإثراء إنما تقدر وقت تحقق الإثراء لا وقت رفع الدعوى .

هذا هو المنطق القانونى السليم . وهو عين المنطق الذى نراه فى جميع المصادر الأخرى للالتزام . فالالتزام الناشئ من العقد يتعين محله وقت تمام العقد . والالتزام الناشئ من العمل غير المشروع يتعين محله وقت وقوع الضرر على تفصيل سنعود إليه فيما يلى . والالتزام الناشئ من القانون يتعين محله وقت قيام الواقعة المانوية التى يرتب القانون عليها الالتزام . جواراً كانت أو قرابة أو غير ذلك . فإذا كانت مصادر الالتزام جميعاً إذاً مت يتعين بقيامها محل الالتزام ، فلماذا نستثنى من هذا المبدأ المنطقى العادل مصدراً واحداً هو مصدر الإثراء بلا سبب ، ونستبقى لهذا المصدر وحده بقية من بقايا الشنوذ التى اشتهر بها فى الماضى ! إن القانون المدنى الجديد عندما قرر أن الإثراء بلا سبب هو كغيره من المصادر إذا قام يتعين بقيامه محل الالتزام . وأن العبرة فى تقدير قيمة الإثراء تكون بوقت تحقق الإثراء ، قد أعاد هذا المصدر إلى حظيرة القواعد العامة ، وجعله نظيراً لغيره من المصادر الأخرى . وفك عنه آخر

= فى الدين المؤجرة ستؤول ملكيته إلى المؤجر عند نهاية الإيجار ، فمن العدل ألا يرجع القاول بدعوى الإثراء على المؤجر قبل نهاية الإيجار لأن الإثراء غير موجود وقت رفع الدعوى .
وستنولى الرد على هذه المجمع عند الرد على الأسانيد الرئيسية .

غل كان به مشدود الوثاق .

٧٨٤ - قصه الرأى المعارضه : أما الحجج التى يستند إليها الرأى

المعارض فمن الميسور نقضها :

(١) فأما أن دعوى الإثراء يقصد بها إعادة التوازن الذى اختل بين ذمتين ماليتين ، فهذا صحيح . ولكن إلى أى وقت تكون إعادة التوازن ؟ إن قيل إن إعادة التوازن واجبة إلى يوم رفع الدعوى لأن الاختلال يكون قائماً وقت ذلك ، فإن هذا المنطق يحجر القائل به إلى مدى أبعد . وما دامت العبرة بقيام الاختلال ، فما أولى أنصار الرأى المعارض أن ينتقلوا من وقت رفع الدعوى إلى وقت النطق بالحكم ، ففى هذا الوقت وحده يستطيع القاضى أن يحكم بإصلاح آخر أثر للاختلال فى مكنته أن يصلحه ! وقد أبى الأستاذ ديموج ، وهو من أنصار الرأى المعارض ، إلا أن يسير فى منطقته إلى نهاية الشوط . فيقول بوجوب إصلاح الاختلال إلى وقت النطق بالحكم (١) . ولكن مقتضيات الصياغة القانونية تأبى إلا استقرار التعامل . فمن بين الأوقات الثلاثة التى تتنازع المسألة التى نحن بصدددها ، وقت وقوع الاختلال فى التوازن ووقت رفع الدعوى ووقت النطق بالحكم ، لا يوجد إلا وقت واحد هو المستقر الثابت . لا يدخل فى تحديده التحكم ، ولا يتعين تبعاً للمصادفات . وهو فوق هذا كله الوقت الذى يقوم فيه الالتزام . وذلك هو وقت وقوع الاختلال فى التوازن . أى وقت تحقق الإثراء . فالواجب إذن الوقوف عند هذا الوقت وحده لتقدير قيمة الإثراء .

(٢) وأما أن اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى هو الذى يميز دعوى الإثراء من دعوى الفضالة ، فهذه حجة بادية الوهن . فالتمييز بين الدعويين لا يزال قائماً حتى بعد اختفاء هذا المميز . ولا يزال هناك فارق جوهري بين دعوى الفضالة التى تجعل للفصولى الحق فى استرداد جميع مصروفاته الضرورية والنافعة ، ودعوى الإثراء التى لا تجعل للمفتقر إلا أقل القيمتين من الإثراء والافتقار . بل إن هذا الفارق الجوهري هو الذى يستجيب لمهمة كل من الدعويين ، فإن الفصولى يولى جميعاً فكان له أن يسترد جميع مصروفاته

الضرورية والمنفعة ، أما المتقرر فليست عنده هذه النية ولذلك لا يسترد إلا أقل التبعين .

(٣) وأما أن الإثراء يماثل الضرر في المسؤولية التقصيرية ، كلاهما يقدر وقت رفع الدعوى . فهذه مماثلة خاطئة وحكم غير صحيح . وإنما يماثل الضرر في المسؤولية التقصيرية الافتقار لا الإثراء . وسرى أن الافتقار كالضرر يقدر يوم النطق بالحكم إذا كان متغيراً ، لا يوم رفع الدعوى .

(٤) وأما أن جميع التقنيات الحديثة تقدر الإثراء وقت رفع الدعوى . فهذه التقنيات إذا كانت لاتينية فلا دلالة لها . لأنها إنما تسير في قاعدة الإثراء وفقاً لتقاليدها الضيقة . وإذا كانت جرمانية فدلالتها أقل . وقد رأينا أن القوانين الجرمانية تذهب في توضيق قاعدة الإثراء بلا سبب إلى مدى أبعد من المدى الذي تذهب إليه القوانين اللاتينية . فهي تأبى أن يكون الإثراء غير مباشر ، ولا تقر الإثراء المعنوي بل تشترط أن يكون ذا قيمة مادية . فكل هذه التقنيات من لاتينية وجرمانية وقفت بالقاعدة عند تقاليدها القديمة ، وجمدت عن أن تسير بها في طريق التطور (١) . على أن هناك تقنيين سجلوا للقاعدة هذا التطور الأخير ، فنصا صراحة على جواز أن يكون الإثراء قد زال وقت رفع الدعوى ، وهما التقنين النمساوي (٢) والتقنين الأرجنتيني (٣) . فهل يعيب القانون المصري الجديد أن يكون قد سار بالقاعدة إلى هذا المدى

(١) على أن بعض هذه التقنيات ينص صراحة على وجوب رد الإثراء مقدراً وقت تحققه (لا وقت رفع الدعوى) إذا كان المثرى سـ. البية (م ١٢٧ من التقنين البولوني وم ١٤٢ من التقنين اللباني وم ١٨٢ من التقنين الصربي وم ٤٠٠ من التقنين السوفيتي) . وغني عن البيان أن المثرى حسن البية لا يغفل الترامه ، في مطلق قاعدة الإثراء بلا سبب ، عن الترام المثرى سـ. البية ، إذ أن سوء البية أو حسنها لا دخل له لا في ترتيب الالتزام ولا في تحديد مداه .

(٢) ينص التقنين النمساوي — وهو في صدد التمييز صراحة ما بين الفضالة والإثراء بلا سبب ، أي أنه لا يخلط بينهما كما ذهب إلى ذلك الأستاذ مازافان (ص ٨٢) — على أن تقدير الإثراء يكون وقت تحققه حتى لو زال بعد ذلك ، فيقول في المادة ١٠٤١ : « إذا استعمل سـ. البية ، لمصلحة الغير ، من غير أن تكون هناك فضالة ، فلصاحب الشيء أن يسترده عيناً ، فإذا أصبح ذلك غير ممكن استرد القيمة التي كانت له وقت الاستعمال حتى لو زال الإثراء بعد ذلك » .

(٣) ينص التقنين الأرجنتيني في المادة ٢٣٤٣ على ما يأتي : « القود التي تكون ألفتت فزادت في قيمة شيء يملكه الغير ، أو ترتب على إلتاقها تقع للغير أو تحجب في ملكه ، يعتبر إلتاقها أمراً نافعاً ، حتى لو زال الإثراء فيما بعد » .

الواجب في التطور (١)

(١) أما الحجج الأخرى الثانوية فهي أيضاً غير متينة :

١ - فأما أن الإثراء قد دخل في ملك المثرى دون إرادته ، بل ودون علمه في بعض الأحيان ، فلا يجوز أن يرد المثرى هذا الإثراء إذا لم يبق له أثر وقت رفع الدعوى . فهذه حجة مقدماتها لا صلة لها بنتيجتها . ذلك أن التزام المثرى بالرد لا ينشأ من إرادته ، بل ينشأ من واقعة مادية هي واقعة الإثراء ، فبني تحققت هذه الواقعة قام الالتزام وتعين محله في الوقت الذي نشأ فيه . والالتزام هنا كما نرى مستقل عن إرادة المثرى ولا صلة له بها حتى يصح أن يترتب على انتفاء إرادته أي أثر في مدى التزامه . ثم ما عسى أن يقول أصحاب هذه الحجة في الأحوال التي يتحقق فيها الإثراء بإرادة المثرى وهي أحوال كثيرة ؟ آتراءهم يفرقون بين حالة وحالة !

٢ - وأما أن المفتر هو السبب في إنقارقه فوجب عليه أن يعجل في رفع الدعوى قبل أن يزول الإثراء ، فهذه حجة غريبة ، إذ هي لا تقوم على أساس قانوني ، ولا هي تشمل كل حالات الإثراء ، فكثيراً ما يقع أن يكون المثرى هو السبب في إثراء نفسه على حساب المفتر . والسبيل القانوني لدفع المفتر إلى تعجيل دعواه هو قصر مدة التقدم ، وهذا ما فعله القانون الجديد .

٣ - وأما أن اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى يؤدي إلى نتائج عادلة ، فهذه الحجة أيضاً لا تقوم على أساس . والفروض التي سبقت في هذا الصدد هي ذاتها التي تدل على ذلك : (١) فإن الإثراء إذا اشتمل على سندات استهلكك وقت رفع الدعوى فليس من المقطوع فيه أن المدل يقضى برد قيمتها الاسمية - وهي القيمة وقت رفع الدعوى - دون قيمتها الفعلية - وهي القيمة وقت الإثراء . فلو أن القيمة الأولى زادت على القيمة الثانية لبان لثقتين بهذه الحجة أن المدل على خلاف ما يقولون . على أن المطلق القانوني يقضى بأن السندات استهلكة - وقد أصبحت ملكاً للمثرى من وقت تحقق الإثراء - تدخل في ذمة المثرى ويلزم ردها قيمتها الفعلية ، ثم هو الذي يتحمل تبعاتها بعد ذلك ، ارتفعت قيمتها الفعلية أو انخفضت . (ب) وإذا اشتمل الإثراء على عين باعها المثرى أو وهبها فليس من المدل أن يرد قيمتها وقت رفع الدعوى فلا يرد شيئاً في حالة الهبة (وقد قدمنا أن المفتر في هذه الحالة لا يستطع أيضاً الرجوع على الموهوب له) ، بل المدل يقضى بأن يرد قيمتها وقت تحقق الإثراء فبذلك هذه القيمة في حالة الهبة ، وبرد هذه القيمة أيضاً دون الثمن في حالة البيع ، وما دام قد أصبح مالكا للمدين فهو الذي يتحمل تبعاتها ، زادت القيمة أو انخفضت أو انعدمت . (ج) وإذا أقام المسأحر بناء في المدين المؤجرة فإن الماقل لا يرجع بدعوى الإثراء على المؤجر قبل نهاية الإيجار ، لا لأن قيمة الإثراء تقدر وقت رفع الدعوى كما يزعم أنصار الرأي المعارض ، بل لأن الإثراء قبل نهاية الإيجار لم يتحقق ، إذ أن المؤجر لا يتملك البناء إلا عند نهاية الإيجار .

على أن الرأي المعارض هو ذاته الذي يؤدي إلى نتائج غير مستأفة . من ذلك : (٢) إذا كان الإثراء عملاً قد تم أو منفعة قد استهلكك ، فطلق الرأي المعارض يقضى بالأعلى الرجوع بدعوى الإثراء ما دام الإثراء قد انعدم وقت رفع الدعوى . ولم ينشئ أصحاب الرأي المعارض برأيهم هنا ، ولم يسمهم إلا أن يرجعوا عنه إلى الرأي الآخر (أنظر مارافان ص ٧٧ - بلانتول وريير وإيمان ص ٥٠ - ديموج ٣ فقرة ١٧١) . (ب) إذا وفي شخص دين غيره ، فتركت

ويتبين مما قدمناه أن الإثراء تقلد قيمته ، تمت تحققه . وغذا هو الوضع الصحيح للمسألة . فإدام الإثراء منذ تحققه دخل في ذمة المثرى وأصبح ملكاً له ، فهو الذى يتحمل تبعته من هذا الوقت . إن زاد بعد ذلك فله الغنم ، وإن نقص أو زال فعليه الغرم . بهذا تقضى المبادئ الصحيحة ، وهذا ما يفرضه المنطق القانوني (١).

وبعد فقد رأينا أن دعوى الإثراء تحررت في القانون المدنى الجديد من آخر ما كان يغلقها من قيود . وهى بعد هذا التحرر قد تركت لمصيرها . فهل يكون هذا المصير هو مصير المسؤولية التقصيرية ، إذ كانت في القديم محصورة في نطاق ضيق . ثم أطلقت من قيودها ، فتطورت واتسعت حتى أصبحت قاعدة عامة تنبسط على جميع نواحي القانون (٢)؟

إن دعوى الإثراء في حاجة إلى مثل هذا التطور ، إذ لا تزال هناك حالات خاصة تقوم إلى جانب القاعدة العامة في الإثراء ، كحالات الالتصاق وحالات المصروفات الضرورية والنافعة ، وتبقى هذه الحالات في نطاقها الخاص ، وتبقى بجانبها دعوى الإثراء فيما يجاوز هذا النطاق . كل هذا حتى يأتى اليوم الذى تتقلص فيه هذه الحالات الخاصة ، فتبتلعها القاعدة العامة في الإثراء ، كما ابتلعت القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية الحالات الخاصة

= الدائن الذى استوفى حقه دعواه تسقط بالتقادم . فإذا أخذنا ما بالرأى المعارض لم يميز لمن وفى بالدين أن يرجع على المدين المقتضى بدعوى الإثراء لأن الإثراء قد زال وقت رفع الدعوى بتقادم الدين . ولما كان هذا الحل غير مستغنى فقد جرى النص على خلافه (أنظر المادة ١٨٤ من القانون المدنى الجديد - وأنظر أيضاً المادة ١٤٨/٢٠٩ من القانون المدنى القديم والمادة ١٣٧٧ من القانون الفرنسى) . (د) على أن الرأى المعارض ليس دائماً في صالح المثرى ، بل قد يتقلب حرباً عليه إذا كان الإثراء قد زاد وقت رفع الدعوى ، بدلاً من أن يروا أو ينقص ، ولم يجاوز مع هذه الزيادة قيمة الافتقار .

أنظر الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ٥٤٠ ص ٣٩٤ ، وهو أميل إلى الأخذ بالرأى الذى سار عليه القانون المدنى الجديد .

(١) ولما كان القضاء والفقه في ظل القانون المدنى القديم قد حاربوا على أن تقدير الإثراء يكون وقت رفع الدعوى لا وقت تحقق الإثراء ، فإن القانون المدنى الجديد - وقد أتى بحكم مخالف - لا يكون له أثر رجعى في هذه الحالة . ولو أن الإثراء عر زيادة في منزل المثرى قبل التقدير ، وتحقق هذا الإثراء قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أى قبل هذا القانون الجديد ، واستغرق المنزل بعد هذا التاريخ ، فإن المعتبر لا يرجع بشئ على المثرى تطبيقاً للقانون القديم .

(٢) أنظر ريبير في الفقه الحديثة المقتبة ص ٩٠ - ص ٩١ .

في المنح المدنية .

هذه هي سياسة القانون المدني الجديد : أن تبرز قاعدة الإثراء إلى جانب قاعدة الخطأ وإلى جانب قاعدة العقد ، فتصبح مثلهما مصدراً مستقلاً للالتزام .

الفرع الثاني

أحكام الإثراء بلا سبب

٧٨٥- **الدعوى والجزاء** : إذا توافرت الأركان التي قدمناها في قاعدة

الإثراء بلا سبب . ترتبت أحكام هذه القاعدة . ووجب على المثرى تعويض المفتقر .

فالتعويض إذن هو جزاء الإثراء بلا سبب . ودعوى الإثراء هي الطريق إلى هذا الجزاء .

ونستعرض في مبحثين متعاقبين - كما فعلنا في المسئولية التقصيرية - الدعوى والجزاء .

المبحث الأول

الدعوى

نستعرض في الدعوى ما يأتي : (١) طرفي الدعوى . (٢) الطلبات والدفع . (٣) الإثبات . (٤) الحكم .

§ ١ - طرفا الدعوى

١ - المدعى :

٧٨٦- **من يكونه المدعى** : المدعى هو المفتقر ، فهو وحده الذي يحق له

أن يطالب بالتعويض . ويقوم مقامه النائب والخلف .

ونائب المفتقر ، إذا كان هذا قاصراً ، هو وليه أو وصيه ، وإذا كان محجوراً هو القيم ، وإذا كان مفلساً هو السنديك ، وإذا كان وقتاً هو ناظر

الوقف . وإذا كان المفتقر رشيداً بالغاً فثأبه هو الوكيل .
والخلف هو الوارث أو الدائن . وهذا هو الخلف العام . والمحال له وهذا
هو الخلف الخاص . فإذا مات المفتقر حل وارثه محله في المطالبة بالتعويض .
ويجوز لدائن المفتقر أن يطالب المثرى بالتعويض مستعملاً حق المفتقر عن
طريق الدعوى غير المباشرة . ويصح أن ينزل المفتقر عن حقه في التعويض
إلى شخص آخر فيصبح المحال له هو دائن المثرى .

٧٨٧- أهلية المردعى : ولا يشترط في المفتقر أهلية ما . فناقص الأهلية -
الصبي المميز والسفيه وذو الغفلة - يصح أن يفتقر بأن يثرى شخص على
حسابه دون سبب قانوني . فيصبح ناقص الأهلية دائناً للمثرى . بل قد
يكون المفتقر عديم الأهلية . كالصبي غير المميز والمعتوه والمجنون . فيثرى
شخص على حساب أحد من هؤلاء دون سبب قانوني . فيصبح عديم الأهلية
دائناً للمثرى بالتعويض .

٧٨٨- تعدد المردعى : وقد يتعدد المفتقر . كما لو أثرى شخص على
حساب شركاء في الشبوع . فيصبح هؤلاء الشركاء دائنين للمثرى ، كل
منهم بقدر نصيبه في التعويض . ولا تضامن بينهم . بل لكل منهم دعوى
مستقلة عن دعاوى الآخرين ، ويقدر القاضي تعويض كل على حدة . وذلك
لعدم ورود نص على التضامن في هذه الحالة (١) .

ب - المدعى عليه :

٧٨٩- من يكرمه المردعى عليه : المدعى عليه هو المثرى . فهو وحده
المستول عن تعويض المفتقر . ويتم متمامه في المسؤولية النائب والخلف .
فإذا كان قاصراً كان نائبه هو وليه أو وصيه . وإذا كان مجبوراً كان
النائب هو القيم . وإذا كان مفلساً فالسنديك . وإذا كان وفقاً فالناظر (٢) .

(١) وقد ورد نص على التضامن في حالة تعدد الفضولى (١٩٢م) فقرة (٣) ، وسيأتى
بيان ذلك .

(٢) ويكون الوقف مشلولاً عن إثرائه بدون سبب قانوني ، وتتحدد مسؤوليته عن التعويض
أقل قسبي الإبراء والاعتذار . والقائم أن التنفيذ بهذا التعويض على المال الموقوف يقع على =

وإذا كان رشيداً بالغاً فالوكيل .

وخلف المثرى هو وارثه ، ولكنه لا يرث التركة في الشريعة الإسلامية إلا بعد سداد الديون . فتركة المثرى تكون هي المسئولة عن تعويض المفقتر . وأى وارث ترفع عليه الدعوى يمثل التركة. ويجوز أن يكون الخلف هو شخص محال عليه بالدين ، كمتجر مدين عن طريق الإثراء ببيع وتحال ديونه على المشتري وفيها هذا الدين ، فيكون المسئول عن التعويض في هذه الحالة هو المشتري للمتجر باعتباره خلفاً خاصاً .

٧٩٠- أهلية المرعى عليه : أتى القانون الجديد . كما رأينا . بنص صريح

في هذه المسألة ، فقضت المادة ١٧٩ بأن « كل شخص . ولو غير مميز ، يرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم ... » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتى : « ولا يشترط في المثرى توافر أهلية ما . فيجوز أن يلتزم غير المميز بمقتضى الإثراء (١) » .

ولا شك في أن هذا الحكم هو الذى يتفق مع المنطق القانونى السليم . وإذا كان الملتزم بالعقد يشترط فيه التمييز بل يشترط فيه بلوغ سن الرشد في عقود التصرفات ، فذلك لأنه يلتزم بإرادته ، والإرادة تقوم على التمييز على تفاوت في درجاته تبعاً لخطر العقد . وإذا كان الملتزم بالعمل غير المشروع يشترط فيه هو أيضاً التمييز ، فذلك لأن مسئوليته تقوم على الخطأ والتمييز هو ركنه المعنوى . ومن ثم جاءت مسئولية عديم التمييز عن العمل غير المشروع استثناء مستنداً إلى نص في القانون كما قدمنا . أما الملتزم بمقتضى الإثراء بلا سبب فهو إنما يلتزم لا بمقتضى إرادته ولا استناداً إلى خطأ صدر منه حتى تتطلب فيه التمييز . بل إن

= قيمة الإثراء التى التحقت بالوقف . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا لم يقع الدليل القاطع على أن إنشاء الوقف هو السبب المباشر في إيقاع الضرر بدائى الوقف ، لم يكن هناك محل لقبول الدعوى البوليصة من دائن سابق على إنشاء الوقف . ولكن إذا أثرى الوقف بسبب توريدات أو أعمال قام بها الدائن للعقار الموقوف ، ولم يتوف الدائن حقه ، ولم يتمكن من استيفائه بسبب إعسار الواقف ، جاز الرجوع على الوقف بدعوى الإثراء (الاستئناف مختلط فى ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ٣٤٥) .

مصدر التزامه هو واقعة قانونية (fait juridique). هي واقعة الإثراء . فني تحققت هذه الواقعة ترتب الالتزام في ذمته دون نظر إلى أنه مميز أو غير مميز . غير أن المثرى ، إذا لم يكن كامل الأهلية ، لا يحاسب إلا على ما انتفع به فعلا . فإذا فقد شيئاً مما جناه من ربح أو فائدة ، فلا يحسب ما فقدته من ذلك في تقدير إثرائه (١) .

٧٩١- تعدد المثرى عليه : وقد يتعدد المثرى كما لو أثرى شركاء في

الشيوع على حساب الغير . فيصبح هؤلاء مدنيين للمفتقر بالتعويض . ولا يكونون مسئولين بالتضامن . بل يكون كل منهم مسئولاً بقدر نصيبه أى بأقل القيمتين : لإثرائه هو واقتدار الدائن الذى نشأ عنه هذا الإثراء . ويقدر القاضى هذا النصيب كما يفعل عند تعدد المفتقر فيها مر بنا . وانتفاء التضامن عند تعدد المثرى كانتفاء التضامن عند تعدد المفتقر يرجع إلى عدم ورود نص على التضامن (٢) .

(١) استئناف مختلط في ١٠ يونية سنة ١٩١٩ م ٣١ من ٢٢٢ . وفي حكم آخر قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن القانون يضى في الإثراء بلا سبب أن نأص الأهلية إذا أبطل التقديبقى ملتزماً بمقتضى الإثراء ، على أن الرد لا يشمل كل ما تسلمه ، بل يقتصر على ما خلص له من قيم محقق دون زيادة وعلى الفائدة التي جناها فضلاً عن وراء التزاماته . وكل من التزم والفائدة لا وجود له في حالة ما إذا أعطى سفيه ما لا حاجة له به إطلاقاً نظراً لما يملكه من الموارد الشخصية (استئناف مختلط في ٩ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ من ٢٩٩) .

(٢) وقد طُبقت محكمة الاستئناف المختلطة هذا المبدأ في دفع غير المتحقق (استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٨٨٢ المجموعة الرسمية للحاكم المختلطة ٨ من ٢٤) — ومع ذلك فقد انحرفت عن المبدأ وقضت بالتضامن في حالة الإثراء بلا سبب (١٣ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ من ١٨٥) . وقضت كذلك بالتضامن في الفسالة عند تعدد رب العمل (٢٥ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ من ٢١٧) — وكان الواجب ألا يحكم بالتضامن في هاتين الحالتين (أنظر ملوافان من ١٥٧ — وهرن فرانسوا جوريه من ٣١٨ ومحكمة النقض الفرنسية في ٤ مايو سنة ١٨٥٩ سيرة ٥٩ - ١ - ٢٧٧) .

وليس ثمة شك في القانون الجديد — كما لم يكن هناك شك في القانون القديم — أن التضامن لا يكون إلا بناء على اتفاق أو نص في القانون . وقد نصت المادة ٢٧٩ (جديد) على أن التضامن بين الدائنين أو بين المدنيين لا يفترض ، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون . ولا يوجد اتفاق على التضامن بين المثرين أو للمفتقرين إذا تعددوا ، ولم يرد نص على التضامن إلا في حالة واحدة هي حالة تعدد الفضول (م ١٩٢ فقرة ٣) وقد سبق الإشارة إليها . وعلم من ذلك بوضوح أن القانون الجديد ، كالقانون القديم ، يضى بدم التضامن إذا تعدد المثرى أو تعدد المفتقر (راجع ملوافان من ١٥٨) .

§ ٢ - الطلبات والدفع

(تقديم دعوى الإثراء)

١ - طلبات المدعى :

٧٩٢- يطلب المدعى تعويضاً عما لحق به من افتقار في حدود ما ذال المدعى عليه من إثراء . هذا هو ما يطلب المدعى ، وهذا هو ما يميز دعوى الإثراء عن دعوى استرداد غير المستحق ودعوى الفضالة . وإذا كانت الدعويان الأخيرتان ليستا إلا صورتين خاصتين من الدعوى الأولى ، إلا أن هذه الدعاوى الثلاث كل منها مستقل عن الآخر .

ويترتب على ذلك أن المفتقر إذا تقدم كفضولي أو كدافع لغير المستحق وخسر دعواه ، فلا شيء يمنع من أن يتقدم ثانية بدعوى الإثراء بلا سبب . ولا يحول دون ذلك قوة الشيء المقضي ، لأن سبب الدعوى الأولى وهو الفضالة أو دفع غير المستحق يختلف عن سبب الدعوى الثانية وهو الإثراء بلا سبب (١) .

(١) ويترتب على ذلك أيضاً أن المدعى إذا استند في دعواه إلى الفضالة ، فلا يجوز له لأول مرة أمام محكمة النقض أن يستند إلى دعوى الإثراء بلا سبب . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بما يأتي : « إذا كان موضوع الدعوى هو المطالبة بما أخفقه المدعى في تسكلة بناء على أرض المدعى عليهم اعتماداً على تكليف شفوي من أحدهم ، وأسس المدعى دعواه أولاً على الوكالة ثم على الفضالة ، ورفضت المحكمة الدعوى بناء على أن الوكالة المدعاة لا يمكن إثباتها بالبينة وعلى أن المدعى لا يعتبر فضولياً لعدم توافر شرائط الفضالة بالنسبة له ، فلا يقبل من المدعى أن يطن بطريق النقض في هذا الحكم على أساس مخالفته للمادة ٦٥ من القانون المدني بمقولة إن متى طعن هو من الأسباب القانونية الصرف التي يجوز إيدؤها لأول مرة أمام محكمة النقض ، ذلك لأن هذا الطعن فضلاً عما فيه من تغيير للأساس المرفوعة به الدعوى فإن عناصره الواقعية لم تكن عرضت على محكمة الموضوع لبحثها حتى يتسنى لمحكمة النقض أن تنظر فيه (نقض ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٠ ص ٢٩٧) . كما قضت محكمة النقض بعدم جواز التسك لأول مرة أمامها بالفضالة ، فقالت في ذلك : « لا يصح التمسك أمام محكمة النقض بأن المدعى إنما كان فترضياً في الدعوى المرفوعة منه إلا إذا كان ذلك قد عرض على محكمة الموضوع » (نقض ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ تنوع عمر ٣ رقم ٨٦ ص ٢٩٤) .

ب - دفع المدعى عليه :

٧٩٣- كيف برفع المرمى عليه الدعوى: يدفع المرمى دعوى الإثراء بأحد أمرين : إما بالنكار قيام الدعوى ذاتها ، فيدعى أن ركناً من أركانها الثلاثة - الإثراء أو الافتقار أو انعدام السبب - لم يتوافر . وإما أن يقر بأن الأركان قد توافرت ولكن الزامه انقضى بسبب من أسباب انقضاء الالتزام ، فيدعى مثلاً أنه وفي الافتقار ما يستحق من تعويض ، أو أنه اصطلاح معه . أو أن مقاصة وقعت . أو أن المشتقر أبرأ ذمته ، أو أن دعوى الإثراء انقضت بالتقادم .

٧٩٤- الدفع بالتقادم: وتطبق القواعد العامة في كل ما تقدم. والذي يعنينا الوقوف عنده قليلاً هو الدفع بالتقادم . فقد أدخل القانون المدني الجديد تعديلاً جوهرياً في هذا الصدد . وبعد أن كانت دعوى الإثراء لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة ، صارت الآن تتقادم أيضاً بثلاث سنوات على التفصيل الآتي .

نصت المادة ١٨٠ من القانون الجديد على أنه «تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض . وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق (١)» .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « ينشأ المشروع في هذا النص تقادماً قصيراً مدته ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه في المطالبة بالرد أو بالتعويض . ويقف على شخص من يلزم بذلك . وقد نص على هذا التقادم القصير إلى جانب

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « تسقط بالتقادم دعوى التعويض عن الإثراء » بإضافة لفظ « بالتقادم » . وقد أقرتها لجنة المراجعة على أصلها ، ووافق عليها مجلس النواب دون تعديل . وفي لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ وافقت اللجنة عليها مع حذف كلمة « بالتقادم » لأنها مفهومة من النص . ووافق مجلس الشيوخ على المادة بالصيغة التى قدمتها له لجنة القانون المدنى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤ : - من ٤٤٥) .

التقادم بالمدة الطويلة . ويبدأ سريانها من اليوم الذى ينشأ فيه الالتزام (١) .
وقد جرى القانون الجديد فى هذه المسألة على عادته من إنشاء تقادم قصير
لا التزام لا ينشأ من إرادة صاحبه . وقد رأينا أنه فعل ذلك فى المسؤولية التقصيرية .
وسنراه يفعل ذلك أيضاً فى دعوى استرداد غير المستحق ودعوى الفضالة .
ذلك أن الالتزام الذى ينشأ مستقلاً عن إرادة الملتزم متى علم به صاحبه
لا يقيه القانون المدة التى يبنى فيها التزاماً أنشأته إرادة الملتزم ، فالثانى دون
الأول هو الذى ارتضاه المدين .

ويتبين من النص الذى قدمناه أن دعوى الإثراء بلا سبب تقادم بأقصر
المدينين الآتين :

(١) ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المفتقر بحقه فى التعويض . وهو
لا يعلم بحقه فى التعويض إلا إذا علم ما أصابه من افتقار ترتب عليه إثراء
الغير وعرف هذا الغير الذى أثرى على حسابه . فلا يبدأ سريان التقادم فى حالتنا
هذه من يوم قيام الالتزام فى ذمة المثرى ، بل من اليوم الذى علم فيه المفتقر
بافتقاره وبمن أثرى على حسابه . وبذلك يكون على بينة من أمره فيتدبر
الموقف ، وينظر فى رفع الدعوى فى خلال هذه المدة .

(٢) خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام . ويبدأ لأول وهلة أن الدعوى
تتقادم بالمدة الأولى القصيرة قبل تقادمها بهذه المدة الطويلة . وهذا صحيح فى
الكثرة الغالبة من الأحوال . ولكن يقع أحياناً أن المفتقر لا يعلم بافتقاره
وبمن أثرى على حسابه إلا بعد مدة من يوم قيام الالتزام ، إذا فرضناها
أكثر من اثنتى عشرة سنة فإن الدعوى تتقادم بانقضاء المدة الطويلة - خمس
عشرة سنة من يوم قيام الالتزام - قبل تقادمها بانقضاء المدة القصيرة . وهى
ثلاث سنوات تبدأ بعد انقضاء أكثر من اثنتى عشرة سنة من يوم قيام الالتزام ،
فلا تنقضى إلا بعد انقضاء مدة الخمس عشرة سنة . وهذا ما قدره القانون
الجديد فاحتاط له ، ولم يغفل أن يورد المدة الطويلة إلى جانب المدة القصيرة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٤ . وانظر أيضاً المادة ٦٧ من قانون
الالتزامات الويسرى .

ليجعل لالتزام يتقدم بأسرعهما انقضاء (١) .

٣٥ - الإثبات

١ - عبء الإثبات :

٧٩٥- يقع عبء الإثبات على الدائن وهو المفتقر. فهو الذى يطلب منه إثبات قيام الالتزام في ذمة المدين وهو المثري (٢).

فعلى المفتقر إذن أن يثبت أن هناك إثراء في جانب المثري ومقدار هذا الإثراء . ويستوى بعد ذلك أن يكون هذا الإثراء بقى قائماً إلى يوم رفع الدعوى أو أن يكون قد زال ، وقد تقدم بيان ذلك .
وعليه أيضاً أن يثبت أن هناك افتقاراً في جانبه ترتب عليه إثراء المثري ومقدار هذا الافتقار .

وعليه أخيراً أن يثبت أن الإثراء ليس له سبب قانوني . إذ أن الإثراء يفرض فيه أن له سبباً قانونياً ، ولا يكلف المثري إثبات هذا السبب . فإذا ادعى المفتقر ألا سبب للإثراء فعليه هو أن يثبت ذلك . وهناك رأى مرجوح يذهب إلى أن المفتقر إذا أثبت افتقاره وإثراء الغير فإنه يفرض ألا سبب للإثراء . وإذا ادعى المثري أن هناك سبباً قانونياً لإثرائه فعليه هو أن يثبت ذلك (٣) .

ب - وسائل الإثبات :

٧٩٦- لما كانت أركان دعوى الإثراء - الإثراء والافتقار وانعدام

(١) أما بالنسبة إلى الالتزامات التي نشأت في ظل القانون القديم ، وكان مصدرها الإثراء بلا سبب أو دفع غير المستحق أو الفضالة ، فيرجع فيما إذا كانت مدة التقادم القصيرة التي قررها القانون الجديد هي التي تسرى إلى ما سبق أن قررناه في هذا الشأن في صدد التقادم في بطلان العقد وفي صدد التقادم في المل غير المشروع (أنظر آنفاً فقرة ٣٢٣) .

(٢) استئناف مختلط في ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ م ٤٠٧ .

(٣) أنظر في هذه المسألة فرانسوا جوريه في الإثراء على حساب الغير باريس ١٩٤٩ م ٣١٦ - م ٣١٧ . أما من الناحية العملية فإن وجود سبب للإثراء أو انعدام هذا السبب إنما يكون عن طريق قرائن قضائية متعاقبة تنقل عبء الإثبات من المفتقر إلى المثري ثم من المثري إلى المفتقر وهكذا .

السبب - كلها وقائع مادية ، فإنه يصح إثبات هذه الوقائع بجميع وسائل الإثبات . ويدخل في ذلك البيئة والقرائن .

فيجوز للمفتقر أن يثبت بالمعينة وبتقدير الخبراء وبشهادة الأطباء وبأقوال الشهود والقرائن الأركان الثلاثة التي يقع عليه عبء إثباتها .

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الإثراء إذا كان سببه عقداً تزيد قيمته على عشرة جنيهات فيجب إثبات العقد بالكتابة أو بما يقوم مقامها وفقاً لقواعد الإثبات المقررة في العقود (١) . ولكن إذا كان العقد هو سبب الإثراء فإنه يغلب أن يكون قد انطوى على سبب قانوني لهذا الإثراء ، فلا تتوافر أركان القاعدة ، ولا يترتب في ذمة المثري التزام .

§ ٤ - الحكم

١ - الطعن في الحكم بطريق النقض :

٧٩٧- طرق الطعن في الحكم : لا يختلف الحكم الصادر في دعوى الإثراء

عن سائر الأحكام من حيث طرق الطعن فيه . وطرق الطعن العادية هي المعارضة والاستئناف . والطرق غير العادية للطعن هي التماس إعادة النظر ومعارضة الشخص الذي يتعدى إليه الحكم والنقض .

وبعينا هنا طريق الطعن بالنقض ، فرسم الخطوط الرئيسية لما يعتبر في قاعدة الإثراء من القانون فيخضع لرقابة محكمة النقض ، وما يعتبر من الواقع فلا يخضع لهذه الرقابة . ونتناول - كما فعلنا في المسؤولية التقصيرية - أركان قاعدة الإثراء الثلاثة : الإثراء والافتقار وانعدام السبب القانوني .

٧٩٨- الإثراء : لا يخضع لرقابة محكمة النقض ما تسجله محكمة الموضوع

من الوقائع المادية التي يقدمها المدعى لإثبات ركن الإثراء ، ما صح عندها من ذلك وما لم يصح . أما التكييف القانوني لما صح عندها وقوعه ، وهل هو يعتبر إثراء ، وهل هذا الإثراء إلزامي أو سلمي ، مباشر أو غير مباشر ، مادي أو معنوي ، وهل يجب أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى أو أن ذلك

غير واجب . فكل هذا من مسائل القانون يخضع لرقابة محكمة النقض . وتقدير مدى الإثراء وتقويمه بمبلغ معين من المال هو من مسائل الواقع لمحكمة الموضوع فيه القول الأخير لا تعقب عليه محكمة النقض .

٧٩٩- الافتقار : ولا رقابة لمحكمة النقض فيما تقرر محكمة الموضوع

من وقائع مادية في شأن الافتقار . ولكن تكييف هذه الوقائع من الناحية القانونية المرجع الأخير فيه إلى محكمة النقض . ويخضع لرقابتها اعتبار ماصح عند محكمة الموضوع من الوقائع افتقاراً . وهل هو افتقار إيجابي أو سلبي . مباشر أو غير مباشر . مادي أو معنوي . ووجوب قيام السببية المباشرة ما بين الإثراء والافتقار هو من مسائل القانون . أما قيامها فعلاً في حالة بالذات فسألة واقع ينظر فيها إلى كل حالة على حدة . وتقدر بملابساتها وظروفها كما سبق القول . وتقدير مدى الافتقار وتقويمه بمبلغ معين من المال هو من مسائل الواقع كما في تقدير مدى الإثراء وتقويمه بالمال .

٨٠٠- انعدام السبب : ويعتبر من مسائل القانون . ومن مسأله الدقيقة -

تحديد معنى السبب ومضى يكون القانون أو العقد سبباً قانونياً للإثراء . كذلك القول بأن دعوى الإثراء دعوى أصلية لا دعوى احتياطية هو من مسائل القانون .

ويمكن القول بوجه عام - هناك في المسئولية التقصيرية - أن ما تسجله محكمة الموضوع من وقائع مادية في شأن الأركان الثلاثة لدعوى الإثراء لا تعقب عليه محكمة النقض . أما التكييف القانوني لهذه الوقائع . ويدخل في ذلك ما يجب توافره من شروط وما يترتب من أثر ، فإنه يعتبر من المسائل القانونية التي تكون فيه محكمة النقض هي المرجع الأعلى .

ب - الآثار التي تترتب على الحكم :

٨٠١- الحكم ليس هو مصدر الحق في التعويض : الحكم في دعوى

الإثراء ، كالحكم في دعوى المسئولية التقصيرية ، ليس هو مصدر حق المفتقر في التعويض ، ولكنه يقوم هذا الحق ويقويه . فالحكم ليس إلا مقررراً لهذا الحق ، لا منشئاً له . وحق المفتقر في التعويض إنما نشأ من واقعة مادية ،

هى واقعة الإثراء المترتبة على واقعة الافتقار دون أن يكون لذلك سبب قانونى . وبمجرد أن يتحقق سبب الالتزام يترتب الالتزام فى ذمة المدين . ومن ذلك نستخلص النتائج الآتية :

(١) تحديد مدى التزام المثرى - أى تحديد قيمة الإثراء وقيمة الافتقار لإعطاء المفتقر أقل القيمتين - تكون العبرة فيه فى الأصل بوقت قيام الالتزام لا بوقت رفع الدعوى ولا بوقت صدور الحكم . وهذا هو ما قررناه فى تحديد قيمة الإثراء . أما قيمة الافتقار فهناك اعتبارات تجمعنا فنظر فى تحديدها إلى وقت صدور الحكم ، وسنبين ذلك فيما يلى .

(٢) لما كان حق المفتقر ينشأ من وقت وقوع الإثراء لا من وقت صدور الحكم ولا من وقت رفع الدعوى ، فإن له أن يتقاضى إلى جانب حقه فى التعويض الأصيل تعويضاً عن التأخير . ولكن هذا الحق فى التعويض عن التأخير يتوقف على الإعذار (١) ، لأن المادة ٢١٨ تقضى بأنه لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين (٢) .

(٣) يجوز للمفتقر - وقد ثبت حقه منذ وقوع الإثراء - أن يتصرف فى هذا الحق دون انتظار الحكم بل وقبل رفع الدعوى . فله منذ ثبوت حقه أن يحوله إلى الغير ، ولدائن المفتقر أن يوقع حجزاً على هذا الحق تحت يد المثرى ، كما أن للمفتقر أن يوقع حجزاً تحت يد مدين المثرى منذ ثبوت حقه . وإذا أفلس المثرى بعد وقوع الإثراء وقبل صدور الحكم دخل المفتقر فى التفليسة مع سائر الدائنين .

(٤) يسرى التقادم - ومدته ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة كما قدمنا - منذ وقوع الإثراء وعلم المفتقر به وبالمثرى أو منذ وقوع الإثراء

(١) وهذا بخلاف الوكالة (م ٧١٠) والفضالة (م ١٩٥) ، فالوكيل والفضول يتقاضيان الفوائد من وقت الإثاق .

(٢) وليست حالة الإثراء من الحالات التى لاضرورة فيها للإعذار (أنظر م ٢٢٠) . فيجب إذن أن يضمن المفتقر المثرى وأن يطالبه فى الإعذار بتعويض عن التأخير . ويجب عليه أن يثبت أنه قد أصابه ضرر من التأخير لأن الضرر شرط التعويض . ولا محل هنا لتطبيق النص الخامس بصر الفائدة (م ٢٢٦) ولا لتطبيق النص الخامس بعدم اشتراط إنبات الضرر (م ٢٢٨) لأن مجال تطبيق هذين النصين مقصور على ما إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقنن وقت الطلب (م ٢٢٦) . أنظر فى هذا الموضوع فرانسوا جوريه ص ٣١٣ .

على حسب الأحوال . لأن الحق في التعويض قد وجد . ولا يتأخر سريان التقادم إلى وقت صدور الحكم . بل إن صدور الحكم من شأنه أن يقيم تقادماً من نوع جديد محل التقادم القديم على ما سنرى .

٨٠٢- الحكم بقوم المحر في التعويض وبشريه : وإذا كان الحكم ليس هو مصدر الحق في التعويض . إلا أنه هو الذي يقوم هذا الحق : ويغلب أن يقومه بمبلغ معين من التتو .

والحكم لا يقتصر على تقويم الحق . بل هو يقويه أيضاً كما رأينا في الحكم الصادر في المسؤولية التقصيرية . فهو يجعل الحق غير قابل للسقوط بالتقادم إلا بخمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم (م ٣٨٥ فقرة ٢) . ومنى أصبح الحكم واجب التنفيذ فإنه يجيز للمفتقر أن يحصل على حق اختصاص بعقارات مدينه ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات (م ١٠٨٥) ، كما يجيز له أن ينفذ على أموال المدين بجميع الطرق التي عينها القانون للتنفيذ .

المبحث الثاني

الجزء أو التعويض

٨٠٣- التعويض هو أقل قيمتي الافتقار والإثراء : رأينا أن المادة ١٧٩ تنص على أن المثرى دون سبب قانوني على حساب شخص آخر ويلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ، ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعده . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ويلتزم المثرى بتعويض الدائن عما افتقر به ولكن بقدر ما أثرى . فهو يلتزم برد أقل القيمتين : قيمة ما أثرى به وقيمة ما افتقر به الدائن » (١) .

فالتعويض إذن هو أقل قيمتي الافتقار والإثراء . ولا يمكن أن يكون إلا ذلك . فإن المثرى قد أثرى على حساب المفتقر . فالتعويض لا يجوز من

جهة أن يزيد على حسارة المفتقر حتى لو كان إثراء المثرى يزيد على هذه الحسارة ، لأن المفتقر لا يحق له أن يتقاضى تعويضاً يزيد على خسارته ، وإلا لكان هو بدوره مثيراً على حساب المثرى دون سبب . ولا يجوز أن يزيد التعويض من جهة أخرى على إثراء المثرى حتى لو كانت حسارة المفتقر تزيد على هذا الإثراء ، لأننا لنحاسب المثرى على خطأ ارتكبه فنلزمه بتعويض الحسارة كاملة ، وإنما نحاسبه على ما وقع في يده من كسب فلا يجوز أن يرد أكثر مما كسبه ، ولو أنه رد أكثر مما كسب لكان هو بدوره مفتقراً لمصلحة المفتقر دون سبب (١).

ونستعرض هنا مسائل ثلاثاً : (١) كيف يقدر الإثراء. (٢) كيف يقدر الافتقار. (٣) ما يقترن به التعويض وهو أقل هاتين القيمتين - من ضمانات.

(١) أما في استرداد ما دفع دون حق وفي الفضالة فإن التعويض لا يقتصر على أقل القيمتين لأن المفتقر في هاتين الحالتين أجدر بالرعاية من المفتقر في دعوى الإثراء بلا سبب . ونلاحظ في هذه المناسبة أن الحالات التي طبقت فيها قاعدة الإثراء بلا سبب تطبيقاً تشريعياً - ونخص منها حالة البناء في أرض الغير (م ٩٢٤ - م ٩٢٥) وحالة المصروفات النافعة (م ٩٨٠ - فقرة ثانية) - التزم للشرع فيها أن يكون التعويض هو أقل القيمتين إذا كان المفتقر حسن النية . فالباقي في أرض الغير بحسن نية إذا ترك البناء في الأرض فإن صاحب الأرض مخبر بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل (وهذه هي قيمة الافتقار) أو أن يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء (وهذه هي قيمة الإثراء) . وكذلك الحال فيمن أنفق مصروفات نافعة في ملك الغير بحسن نية . أما إذا بنى الشفع في الفار المشفوع وهو حسن النية (أي قبل إعلان الرغبة في الشفعة) كان الشفع ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفق (وهذه هي قيمة الافتقار) أو مقدار ما زاد في قيمة الفار بسبب البناء أو المراس (وهذه هي قيمة الإثراء) ، ولما كان المشتري هنا هو الذي يختار فهو سيختار طبعاً أعلى قيمتي الافتقار والإثراء ، وفي هذا خروج على القاعدة . أضف إلى ذلك أن المفتقر إذا كان سيئ النية في حالة البناء في أرض الغير وفي حالة المصروفات النافعة وفي حالة الشفع إذا بنى بعد إعلان الرغبة في الشفعة ، فإنه لا توجد قاعدة واحدة تسري على التزام المثرى بالتعويض ، فإنه يدفع في الحالتين الأوليين قيمة المنشآت مستحقة الإزالة أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض ، وفي الحالة الثالثة قيمة أدوات البناء وأجرة العمل . ومن ثم نرى أن هذه التطبيقات التشريعية لقاعدة الإثراء على حساب الغير لم تلزم حدود القاعدة . وقد قلنا أن النصوص التشريعية التي وردت في هذه الحالات هي التي يجب تطبيقها ولو خالفت القاعدة العامة . وفي هذا نرى قصور قاعدة الإثراء عن أن تشمل تطبيقاتها المتنوعة ، فهي لا تزال سائرة في طريق التطور .

١٨ - كيف يقدر الإثراء

٨٠٤ - اعتبارات تراعى في تقدير الأثر: يراعى في تقويم الإثراء أن

يكون تقديره وقت وقوعه كما قدمنا لا وقت رفع الدعوى ولا وقت صدور الحكم مع مراعاة ما سبقت الإشارة إليه من إضافة تعويض عن التأخير على النحو الذى فصلناه .

ويراعى كذلك أن يخص من قيمة الإثراء ما عسى أن يكون المثرى قد تكلفه من مصروفات لجلب هذا الإثراء لنفسه .

ويراعى أخيراً في التقدير ألا فرق بين أن يكون المثرى حسن النية أو سيئها . فالإثراء المثرى لا شأن له بنية وإما يقوم هذا الالتزام على واقعة الإثراء في ذاتها .

ونستعرض لتطبيق هذه المبادئ حالتين : (١) حالة ما إذا كان الإثراء ملكية وانتقلت إلى ذمة المثرى . (٢) وحالة ما إذا كان منفعة أو خدمة أو عملاً أو إثراء سلبياً .

١ - الإثراء ملكية انتقلت إلى ذمة المثرى :

٨٠٥ - قد يكون الإثراء نقداً دخل في ذمة المثرى أو تحسنات استحدثها المفتقر في مال المثرى .

٨٠٦ - هل يجوز أن يكون الأثر عيناً تبقى في ملكية المفتقر؟ أما أن

يكون الإثراء عيناً معينة بالذات تبقى على ملك المفتقر ولا تدخل في ملك المثرى - كما يذهب إلى ذلك كثير من الفقهاء (١) - فلا نرى أن تكون نحالة من حالات الإثراء ، إذ العين لم تدخل في ملك المثرى ولم تخرج من ملك المفتقر . فليس هناك إثراء ولا افتقار . بل هي عين مملوكة اشخص انتقلت إلى حيازة شخص آخر ، وللمالك أن يستردها من الحائز بدعوى استحقاق لا بدعوى الإثراء بلا سبب (٢) .

(١) أنظر فرا سوا جوريه ص ٣١٤ ومارافان ص ١٥٠ .

(٢) ونحن نؤثر هذا التكييف على القول بأن هناك إثراء وافتقاراً ولكن دعوى الإثراء تجبها دعوى الاستحقاق ، فنحن لا نقول بالصفة الاختصاصية لدعوى الإثراء (أنظر من أنصار الرأي الذى نقده فرانسوا جوريه ص ٣١٥ - ص ٣١٦) .

٨٠٧ - الإثراء بقدر دخل في ذمة المثرى : إذا كان الإثراء نقداً دخل في

ذمة المثرى ، كما إذا استلج هذا على مبلغ من النقود مملوك للمعتقر سواء كان كان في هذا الاستيلاء حسن النية أو سيئها . فإن قيمة الإثراء هو مبلغ هذا النقد ، وينتظر فيه إلى قدره العددي ارتفاع سعر النقد أو انخفاضه . أما الفوائد فلا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية ما دام مبلغ النقد المطلوب استرداده بدعوى الإثراء معلوم المقدار وقت الطلب (١) . ويلاحظ أن المثرى إذا كان غير كامل الأهلية فلا يكون إثراء بالنسبة إليه ما أضاعه من هذا النقد في غير منفعة .

٨٠٨ - الإثراء تحسينات استعملته المفقير في مال المثرى : تقدر قيمة

هذه التحسينات بما زاد في مال المثرى بسببها وقت الاستحداث ، لا بما أنفقته المفقير في استحداثها لأن هذه هي قيمة الإفئثار لا قيمة الإثراء . مثل ذلك أعمال الترميمات (٢) وتوريد المواد اللازمة لهذه الأعمال (٣) وبناء طبقات جديدة (٤) .

ب - الإثراء منفعة أو خدمة أو عمل أو إثراء سلبى :

٨٠٩ - الإثراء ومنفعة : قد يكون الإثراء منفعة حصل عليها المثرى

كما لو سكن منزلاً دون عقد إيجار (٥) ، وكما لو استهلك نوراً أو ماء عن طريق أسلاك أو مواسير خفية (٦) . فتقوم المنفعة بأجرة المثل للمنزل أو

(١) أنظر في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ من ٣٤٥ - محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة في ٦ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ من ٩٠ .

(٢) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ من ٣١٥ .

(٣) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ من ٣٤٥ .

(٤) استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩١٥ جازيت ٥ من ١٥٦ - ويشترط أن تكون التحسينات ضرورية أو ناعمة ولا يمكن أن تكون كالية (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ من ١٢٢) ، وأن تكون الصروفات أُنفقت على العين مباشرة (محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة ٦ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٩٠ من ٢٦٥) .

(٥) استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ من ٣٣٨ .

(٦) استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ من ١٧٠ - وهذا وقد يعتبر النور والماء منفعة تستخلص من الأسلاك والمواسير، والأولى أن يعتبر ما لا قائماً بذاته استهلاكاً للمرى =

بشمن النور والماء وفقاً للسعر الذى حددته شركة النور أو شركة الماء . ولا عبء
بأن يكون المئزى حسن النية أو سيئ . ولا بأن يكون الإثراء قسراً وقت رفع
الدعوى (١) .

٨١٠- **الإثراء غير مشروع أو عمل** : وقد يكون الإثراء خدمة أو عملاً قدمه
المفتقر إلى المئزى . مثل ذلك النسابة الذى يكشف عن إرث حتى ، والموظف
الفنى الذى يجد اختراعاً يفيد منه رب العمل . والسيسر الذى يقرب ما بين
البائع والمشتري ولكنهما يعقدان الصفقة دون وساطته . والمهندس الذى
يضع تصميماً ينتفع به رب العمل . ففي كل هذه الأحوال تقوم الفائدة التى
عادت على المئزى من وراء هذه الخدمة أو هذا العمل . فالنسابة جعل الوارث
يثرى بقدر الإرث لو تبين من الظروف أن الوارث ما كان يستطيع وحده
أن يكشفه . ورب العمل يثرى بقدر ما أصاب من نفع بفضل اختراع الموظف
الفنى . وكل من البائع والمشتري يثرى بقدر ما عادت عليه الصفقة من فائدة .
ورب العمل الذى انتفع من تصميم المهندس يثرى بقدر ما كان يدفع للمهندس
من أجر على عمله . ولا ضرورة فى كل هذه الأحوال لأن يكون الإثراء
قائماً وقت رفع الدعوى .

٨١١- **الإثراء سلبى** : وقد يكون الإثراء سلبياً ، كما لو دفع شخص
دينياً على آخر ، أو قدم النفقة لزوجة تجب لها النفقة على زوجها . أو أثلف
متاعاً له لينتقد منزل جاره من الحريق . ففي هذه الأحوال يكون المدين قد
أثرى بقدر الدين الذى دفعه عنه المفتقر . والزوج بقدر النفقة التى كانت
واجبة عليه ، والجار بقدر ما أو شك من ماله أن يحترق (٢) . ولا عبء هنا

==فدخل فى ذمته، فيكون مثل النور والماء. مثل الإثراء لا عن طريق منفعة استهلك بل عن
طريق ملكية انتقلت إلى ذمة المئزى .

(١) وفي هذه الأمثلة التى قدمناها على الإثراء عن طريق المنفعة نرى أن الإثراء لا يكون
بالضرورة قائماً وقت رفع الدعوى لأن المنفعة قد استهلك قبل ذلك .

(٢) وقد قضت محكمة الصورة الجزئية المختلطة فى هذا المعنى بأن الدائن الذى حجز على
مال مدينه يجوز له أن يطالب بدعوى الإثراء أجنياً انتفع من بيع هذه الأموال المحجوزة بيعاً
إدارياً للوه ضرورية كانت فى ذمته . ثم أضافت المحكمة أن دعوى الإثراء لا يبنى لها عمل إذا
كان هذا الأجنبى قد خصم مبلغاً يساوى المبلغ الذى انتفع به فى سداد الضريبة من دين له فى ذمة
شخص كان يعتقد أن الأموال المحجوزة مملوكة له (محكمة الصورة الجزئية المختلطة فى ١٢ أغسطس
سنة ١٩٢٥ - حازيت ١٥ رقم ١٩٩ ص ٣١٧) .

ايضاً بقيام الإثراء وقت رفع الدعوى .

٢٤- كيف يقدر الافتقار

١- تقدير مدى الافتقار :

٨١٢- ويقدر مدى الافتقار على النحو الذى يقدر به مدى الإثراء .
فإذا كان الافتقار نقداً فإن مدى الافتقار هو عين مدى الإثراء ، ذلك أن مقدار النقد الذى دخل فى ذمة المثرى هو عين مقدار النقد الذى خرج من مال المفتقر . ويكون التعويض هو هذا المبلغ وفوائده على النحو الذى يبناه عند ما يكون الإثراء نقداً دخل فى ذمة المثرى .

وإذا كان الافتقار تحسينات استحدثها المفتقر . قدر مداه بما أنفقه المفتقر فى استحدثاتها ، ويعطى أقل القيمتين : ما أنفقه فى استحداث التحسينات وهذا هو مدى الافتقار ، وما زاد فى مال المثرى بسبب هذه التحسينات وهذا هو مدى الإثراء .

وإذا كان الافتقار منفعة أسهلها المثرى ، فيغلب أن يكون للافتقار والإثراء مدى واحد هو أجر هذه المنفعة ، فيعطى المفتقر قيمة هذا الأجر تعويضاً .

وإذا كان الافتقار خدمة أو عملاً أداه المفتقر للمثرى ، فإن كان المفتقر محترفاً كالحامى والمنوظف الفنى والسمسار قدر افتقاره بالقيمة التجارية للخدمة أو العمل . أما إذا لم يكن محترفاً فإن افتقاره يقدر بما تجشمه من نفقات وما فاته من ربح معقول بسبب قيامه بهذه الخدمة أو العمل .

ويلاحظ فى كل ما قدمناه أن تكون هناك علاقة سببية مباشرة ما بين الافتقار والإثراء ، وأن يكون الافتقار لا مقابل له ، فإن كان له مقابل بأن يكون المفتقر قد جاب منفعة لنفسه من وراء هذا الافتقار فإن دعوى الإثراء لا تقوم . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

ب- وقت تقدير الافتقار :

٨١٣-بقى أمر هام هو الوقت الذى يقدر فيه الافتقار . ويجب القول هنا أن الافتقار لا يقدر وقت تحققه كما هو الأمر فى تقدير الإثراء ، ولا وقت

رفع الدعوى . بل وقت صدور الحكم . ذلك أن الافتقار في دعوى الإثراء يقابل الضرر في دعوى المسؤولية التقصيرية . وقد رأينا في المسؤولية التقصيرية أن الضرر إذا كان قد تغير منذ وقوعه فاشتد أو خف . فإن العبرة في تقديره تكون بيوم صدور الحكم .

وحتى نقارب ما بين الافتقار في دعوى الإثراء والضرر في دعوى المسؤولية التقصيرية من حيث تقدير كل منهما وقت صدور الحكم نفرض أن المفتقر وهو يتخذ منزل جاره من الحريق أصيب بحروق هي مدى افتقاره ويراد تقويمها . فإن كانت الإصابة قد اشتدت وانقلبت إلى عاهة مستديمة وقت صدور الحكم فلا شك في أن القاضي يدخل ذلك في حسابه عند تقدير الافتقار . كذلك لو خفت الإصابة وأصبحت أقل خطراً حسب القاضي مدى الافتقار مراعيًا ما طرأ على الإصابة من تحسن . وهذا هو عين ما قدمناه في تقدير الضرر في دعوى المسؤولية التقصيرية .

ويمكن تحليل هذا الفرق في الوقت الذى يقدر فيه الافتقار والوقت الذى يقدر فيه الإثراء بالاعتبار الآتى :

أن طبيعة الإثراء تسمح بتقديره نهائياً وقت وقوعه . فهو يدخل في مال المثرى ويصبح جزءاً منه فيحدد بذلك مقداره . ولذلك تكون العبرة في تقديره بوقت تحققه . والمثرى ، وقد أصبح مالكا له . يتحمل غرمه ويكسب غنمه ، في نقصه أو في زيادته . أما الافتقار فكالضرر لا تسمح طبيعته بأن يقدر تقديره نهائياً إلا وقت صدور الحكم . ذلك لأنه يخرج من مال المفتقر على وجه غير محقق . ولا يستطيع أن يعرف على وجه التحقيق مقدار ما خرج من مال المفتقر ما دام الافتقار قابلاً للتغير إلا في الوقت الذى ينقطع فيه تغيره ويصبح قيمة ثابتة . وآخر وقت ممكن لذلك هو وقت صدور الحكم . وحتى بعد صدور الحكم قد يبنى الافتقار قابلاً للتغير . ولكن قوة الشيء المفضى هى التى تجعل تقدير الافتقار نهائياً لا تجوز مراجعته .

٣٥ - ما يقترن بالتعويض من ضمانات

٨١٤ - التعويض دين شخصي لا امتياز له : إذا حدد التعويض

الواجب للمفتقر . وهو أقل قيمتي الإثراء والافتقار . كان هذا ديناً له في ذمة المثرى . وهو دين شخصي لا امتياز له . لأن الامتياز لا يثبت إلا بنص في القانون . فتحمل المفتقر في مال المثرى مزاحمة سائر الدائنين حتى في القيمة التي زادت في مال المثرى بسبب افتقار المفتقر .

٨١٥ - الحق في الحبس : وقد يثبت في بعض الأحوال للمفتقر الحق في

حبس مال المثرى حتى يستوفي حقه من التعويض . وذلك إذا كانت قيمة الإثراء التي أحدثها موضوعه في حيازته . فله الحق في حبسها حتى يستوفي التعويض الذي له عند المثرى تطبيقاً لنص المادة ٢٤٦ . مثل ذلك أن يستحدث المفتقر تحسينات في أرض المثرى . فله أن يحبس الأرض حتى يستوفي حقه في التعويض .

الفصل الثاني

دفع غير المستحق - الفضالة

٨١٦ - صورته متميزة من صور الإثراء بسبب : الإثراء بلا سبب

صورتان متميزتان عن سائر صورهما دفع غير المستحق والفضالة . أما أن دفع غير المستحق هو صورة متميزة من صور الإثراء فلأن المستحق هنا يدفع ديناً ليس واجباً عليه ولكنه يعتقد أنه ملزم بدفعه . فيرجع على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء في صورتها العادية ، أو يرجع على الدائن الذي دفع له الدين بدعوى غير المستحق وهذه هي الصورة المتميزة لدعوى الإثراء . ذلك أن الدائن الذي استوفى حقه قد أثرى بسبب قانوني هو الوفاء . ولما كان المستحق قد وفى الدين عن غلط فإنه يستطيع أن يبطل الوفاء بالنقض ، فيزول السبب القانوني للإثراء . ويصبح إثراء الدائن دون سبب . فيسترد المنفق منه . يدفعه . ونرى من ذلك أن دفع غير المستحق هو إثراء كان له سبب ، ثم انتهى إلى

أن يكون بغير سبب (١) .

وأما أن الفضالة هي أيضاً صورة متميزة من صور الإثراء . فذلك أن الفضولي وهو بفتقر لثرى غيره قد فعل ذلك متفضلاً عن عمد . فكان أحق بالرعاية من المفتقر الذى لا يتعمد هذا التفضل . ولهذا كانت حقوق الفضولي قبل الثرى وهو رب العمل أوسع مدى من حقوق المفتقر فى دعوى الإثراء . وتكلم الآن فى كل من هاتين الصورتين .

الفرع الأول

دفع غير المستحق (*)

(Paiement de l'indû)

٨١٧ — قدمنا أن دفع غير المستحق يربط للدافع فى ذمة المدفوع له التزاماً برده ما أخذ دون حق . وتتناول هذا الالتزام فى أركانه ثم فى أحكامه .

المبحث الأول

أركان دفع غير المستحق

٨١٨ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٨١ من القانون الملى الجديد

على ما يأتى :

١ — كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده .

(١) أنظر محكمة استئناف مصر فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١/٤٠ من ٣٤٠ — المحاماة ٩ رقم ٥٣٥ من ٩٨٩ . وقارن محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٢ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ من ٢٣٣ .

(*) المراجع : دى هلنس الجزء الثانى — Paiement — Exécution — هاتون الجزء الأول —

والتون الجزء الثانى — الدكتور عبد السلام ذهبى فى الالتزامات — الدكتور محمد ومبة فى الالتزامات — الدكتور محمد صالح فى أصول التعهدات — الموجز فى الالتزامات لمؤلف — الدكتور حشمت أبوسنت فى نظرية الالتزام — بلانيول وريبير وإسمان الجزء انساج — ديموج الجزء الثالث — أوبرى وروا الطبعة الخامسة الجزء السادس — بلانيول وريبير وبولانجيه الجزء الثانى — كرولان وكايتان الجزء الثانى — جوسران الجزء الثانى .

٢ - على أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه . إلا أن يكون ناقص الأهلية ، أو يكون قد أكره على هذا الوفاء . ونصت المادة ١٨٢ على ما يأتي :

«يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يتحقق سببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق » . ونصت المادة ١٨٣ على ما يأتي :

١ - « يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل » .

٢ - « على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر . فإذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقوداً التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانوني أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل (١) » .

(١) تاريخ النصوص - ١٨١٢م : ورد هذا النص في المادة ٢٥٠ من المشروع التمهيدي - وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ١٨٦ في المشروع النهائي - ووافق عليه مجلس النواب ، بعد استبدال كلمة « التسليم » بكلمة « الدفع » في آخر الفقرة الثانية ، تحت رقم ١٨٦ . ووافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، بعد الاستعاضة عن كلمة « التسليم » بكلمة « الوفاء » في آخر الفقرة الثانية في هذه المادة وفي المواد التالية ، وأصبح رقم المادة ١٨١ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٦ - ص ٤٤٧) .

م ١٨٢ : ورد هذا النص في المادة ٢٥١ من المشروع التمهيدي - وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ١٨٧ في المشروع النهائي - ووافق عليه مجلس النواب ، بعد استبدال كلمة « التسليم » بكلمة « الدفع » ، تحت رقم ١٨٧ - ووافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ على أن تستبدل عبارة « إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام » بعبارة « إذا كان التسليم قد تم وفاء لالتزام » ، وأصبح رقم المادة ١٨٢ - ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٨ - ص ٤٥٠) .

م ١٨٣ (أنظر تاريخ النص فيما يلي) . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في النظرة العامة لهذه النصوص ما يأتي : « وقد فصل المشروع الأحكام المتعلقة برد غير المستحق تفصيلاً كافياً - - فبين نطاق تطبيق القاعدة العامة ، وأفرد نصوصاً خاصة برد غير المستحق في أحوال الوفاء من لا تترأث له الأهلية ، أو ممن يقع تحت سلطان إكراء ، وكذلك في أحوال الوفاء بالالتزام لم يتحقق سببه ، أو زال سببه بعد تحققه . وواجه من ناحية أخرى حالة الرد عند الوفاء قبل حلول أجل الدين ... » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٣٩) .

وبقابل هذه النصوص في القانون المدني القديم نص واحد هو نص المادتين ٢٠٦/١٤٥ ، ويقضى بما يأتي :

«من أخذ شيئاً بغير استحقاق وجب عليه رده» .

ويتبين من مجموع هذه النصوص أن هناك حالتين لدفع غير المستحق :

(١) الوفاء بدين غير مستحق من بادئ الأمر (٢) الوفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق .

ونبحث كلا من هاتين الحالتين ، ثم نكيف في ضوء هذا البحث الالتزام برد ما أخذ دون حق .

المطلب الأول

حالتا دفع غير المستحق

١٤ - الوفاء بدين غير مستحق من بادئ الأمر

٨١٩ - ركنانه : تقوم هذه الحالة على ركنين : (١) دين غير مستحق وقت الوفاء به . (٢) عمل من أعمال الوفاء يشوبه عيب يجعله قابلاً للإبطال .

الركن الأول - دين غير مستحق وقت الوفاء به :

٨٢٠ - أسباب منعدم استحقاق الدين : يجوز أن يقوم شخص بوفاء دين لم يكن مترتباً في ذمته وقت الوفاء . ويرجع ذلك إلى أحد الأسباب الثلاثة الآتية : (١) الدين منعدم من الأصل (٢) الدين مؤمل الاستحقاق ولكنه لم يستحق أو لما يستحق (٣) الدين استحق ولكنه انقضى قبل الوفاء به .

٨٢١ - (١) الدين منعدم من الأصل : يكون الدين منعدمًا من الأصل إذا لم يكن له وجود أصلاً في وقت من الأوقات . مثل ذلك وارث يدفع ديناً ظن أنه على التركة ويتضح بعد ذلك ألا وجود لهذا الدين ، أو وارث ينفذ وصية لمورثه ويتضح بعد ذلك أن الموصى قد عدل عن الوصية قبل موته ، أو شخص أصاب الغير بضرر فظن نفسه مسئولاً فدفع التعويض ثم اتضح

بعد ذلك أن أركان المسؤولية لم تتوافر (١).

كذلك يكون الدين منعداً من الأصل إما بالنسبة إلى الدافع وإما بالنسبة إلى المدفوع له . فهو منعدهم بالنسبة إلى الدافع إذا كان له وجود ولكنه في ذمة غير الدافع ، فيكون الدافع قد دفع دين غيره ظاناً أنه يدفع دين نفسه (٢) . وهو منعدهم بالنسبة إلى المدفوع له إذا كان مترتباً في ذمة الدافع ولكن هذا دفعه لغير الدائن .

ويكون الدين أخيراً منعداً من الأصل إذا كان مصدره عقداً باطلاً أياً كان سبب البطلان (٣) ، أو كان الدين ليس ديناً مدنياً (obligation civile) بل ديناً طبيعياً (obligation naturelle) لا جبر في تنفيذه (م ١٩٩ فقرة ٢) .

٨٢٢- (٢) الدين مؤمل الاستحقاق ولكنه لم يستحق أو لم يستحق :

وقد يكون للدين وجود ويكون مؤمل الاستحقاق . ولكنه لم يستحق .

(١) هذا ما لم يكن المشلول قد صالح المضرور على مبلغ معين ، فلا يجوز له في هذه الحالة أن يسترده ، حتى لو ظهر أن أركان المسؤولية لم تتوافر . ويعتبر الدين لا وجود له أصلاً إذا دفع الدين أكثر مما هو واجب عليه . فزاد على الدين يكون غير مستحق (استئناف مختلط في ٧ ديسمبر سنة ١٨٨٢ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٨ ص ٢٤ - وفي ١٧ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦٦ ص ٣١٩) . ويعتبر الدين كذلك لا وجود له أصلاً إذا تقاضى شريك أرباحاً لا يستحقها من الشركة (استئناف مختلط في ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٦ ص ٣٣٠) ، أو إقاضت مصلحة الضرائب من أحد الممولين ضريبة لا تستحقها أو أكثر مما تستحق (محكمة استئناف مصر الوطنية في ١١ نوفمبر سنة ١٩٤٣ الخاتمة ٢٤ رقم ٨١ ص ٢٠٨) .

(٢) أما إذا دفع دين غيره وهو عالم بذلك فلا يجوز له أن يسترد ما دفع ، ويكون دفعه للدين ميراثاً لذمة المدين ، وله أن يرجع عليه لآلى الدائن بدعوى الإثراء بلا سبب (استئناف مختلط في ٧ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٥) .

(٣) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « إذا أثبت عدم تحقق سبب الدين الذى أداه إطلافا : كما إذا كان الوارث قد وفى بدين لم يكن مورثه ملتزماً به ، أو كما إذا قام أحد المتعاقدين فى عقد مطلقى البطلان بالوفاء بالتزامه ، أو كما إذا قام شخص بالوفاء بتمويض عن حادث اعتقد خطأ أنه يسأل عنه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٩) .

أما إذا كان العقد قابلاً للإبطال ، فإن دفع المدين الدين عن غلط ثم أبطل العقد استرد ما دفع ، وهذه هى إحدى صور الحالة الثانية من دفع غير المستحق وهى حالة الوفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق . ولذا دفع المدين الدين وهو على بينة من قابلية العقد للإبطال اعتبر الدفع إجازة للعقد ، فلا يجوز للمدين أن يسترد ما دفع .

وتقول المادة ١٨٢ في هذا الشأن إنه «يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لا لالتزام لم يتحقق سببه (١)». فالدين المعلق على شرط واقف إذا دفع . سواء دفع قبل تحقق الشرط أو بعد تخلفه . يكون دفعه دفعاً للدين لم يستحق . يستوى في ذلك كما قدمنا أن يكون الدفع قبل تحقق الشرط أى في وقت لم يثبت فيه إذا كان الدين سيستحق ، أو بعد تخلف الشرط أى في وقت ثبت فيه أن الدين لن يستحق . أما الدين المعلق على شرط فاسخ فهو دين موجود نافذ إذا دفعه المدين فإنه يكون قد دفع ديناً مستحقاً ، وإذا تحقق الشرط الفاسخ صار هذا وفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق ، وهذه صورة من صور الحالة الثانية لدفع غير المستحق سيأتى بيانها فيما يلى .

وقد يكون للدين وجود محقق ولكنه لما يستحق . وتقول المادة ١٨٣ في هذا الشأن إنه «يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لا لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل». فالدين المؤجل إذا دفع قبل حلول الأجل يكون دفعه دفعاً للدين لما يستحق ، أى للدين غير مستحق وقت الوفاء .

٨٢٣ - (٣) الدية المستحق ولكن انقضى قبل الوفاء به : وقد يكون الدين ترتب في ذمة الدافع للمدفوع له ديناً صحيحاً واجب الأداء ، ولكنه انقضى بسبب من أسباب الانقضاء ثم قام الدافع بوفائه مرة أخرى بعد انقضائه . مثل ذلك أن يكون الدين قد وفاء المورث ولم يعر الوارث على المخالصة فوفى الدين مرة أخرى (٢) ، أو أن يكون الدين قد انقضى بالمقاصة أو بالتجديد

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : «... أو إذا أثبت (الدافع) أن سبب الدين لم يتحقق ، كما إذا أدى مدين ديناً مطلقاً على شرط واقف مع أنه لم يتحقق (أنظر التفتين البنائى م ١٤٥ فقرة ١) . وتجاوز المطالبة بالرد كذلك إذا حصل الوفاء في خلال فترة التطبيق قبل أن يعلم مصدر الشرط (أنظر المادة ١٤٣٤ من التفتين التساوى والمادة ٦٩٤ فقرة ٢ من التفتين البرازيلى والمادة ٣٨٩ من المشروع) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٩) .

(٢) يقارب هذا المعنى حكم محكمة النقض في ١١ أبريل سنة ١٩٣٠ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٦ ص ٦٧٤ .

أو بالإبراء ووفاء المدين للدائن بالرغم من انقضائه . في جميع هذه الصور دفع المدين ديناً كان موجوداً نافذاً واجب الأداء ، ولكنه وقت الدفع كان قد انقضى ، فيكون الدافع قد دفع ديناً غير مستحق .

ب . الركن الثاني - عمل من أعمال الوفاء يشوبه عيب يجعله قابلاً للإبطال :

٨٢٤ - عمل من أعمال الوفاء : يجب على الدافع أن تثبت أن الدين غير

مستحق على النحو الذي فصلناه فيما تقدم . وأنه قد قام بعمل من أعمال الوفاء . وليس من الضروري أن يكون قد قام بوفاء الدين وفاء مباشراً ، بل يكفي أن يكون قد أعطى مقابلاً للوفاء (dation en paiement) ، أو أعطى إقراراً جديداً بالدين (١) (reconnaissance de dette) أو رتب تأمناً خاصاً لضمان الوفاء ، أو قاص الدين في دين له ، أو قام بغير ذلك من أعمال الوفاء المتنوعة . وأعمال الوفاء هذه على تنوعها هي تصرفات قانونية تخضع للقواعد العامة في إثبات التصرفات القانونية ، وبخاصة ما تعلق منها بنصاب الإثبات بالكتابة أو بالبينة (٢) .

(١) ومن أعمال الوفاء أن يحرق المدين لدائته سنداً بدين ، ولا يدخل هذا السند في الحاسبة النهائية ما بين الدائن والمدين ، وهي الحاسبة التي يستوفى فيها الدائن حقه ، فبقاء السند معه بالرغم من استيفائه حقه هو بمنزلة استيفاء الدين مرتين . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن السمسار الذي يحصل على سند من عمله يبلغ يذكر له سبب صوري (أشغال معارية) ، وثبت أن السند قد حرر عن دين مسخرة سبق أن استوفاه في الحاسبة النهائية ، يكون قد استوفى الدين مرتين ، وقالت في هذا الصدد : «ولما كان من المحقق أن هذا المبلغ (الذي حرر به السند) لم يدخل في الحاسبة النهائية بين الطرفين بخصوص أعمال المسرة فيكون من حق المطعون عليها الرجوع عليه بهذا المبلغ حتى لا يتكرر الوفاء مرتين . ومن حيث إنه يتضح من ذلك أن ما أسس عليه المحكم قضاءه لم يكن واقعة لا أصل لها في الأوراق ، بل هي الوقائع التي يسطها المطعون عليها في مذكرتها شرحاً لحقيقة الحال ، وثبتت للمحكمة صحتها فأقرتها ، وإن كانت قد خالفت المطعون عليها في التكيف القانوني لدعواهما ، إذ هما يدان أن سردتا الوقائع السابقة توهمتا أن هذه الوقائع تجعل السند سند جملة أو هكذا أرادتا أن تصفاه ، ولكن المحكمة خلعت على هذه الوقائع التي اقتصت بصحتها الوصف القانوني الصحيح وهو رد ما تبض بغير حق ، وأثابت قضاءها على هذا الأساس ، وهو أمر لا سبيل للنقض عليه . (قضى في ١٦ فبراير سنة ١٩٥٠ في الطعن رقم ٩١ السنة القضائية الثامنة عشرة وهو لم ينشر بعد) .

(٢) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «ويقضى لعمل أن يكون من واحد من يدعى أداء ما لم يكن مستحقاً أن يقيم الدليل على أمرين : أولهما =

٨٢٥ - عيب يشوب الوفاء فيجهد فابطله بطلان : فإذا أقام الدافع الدليل على أنه قام بوفاء دين غير مستحق على الوجه الذي بيناه . فالمفروض أنه دفع عن غلط (١) وأنه لم يكن يعلم بأنه غير ملزم بالدفع . وهذه القرينة القانونية قرينة تبررها الظروف . فليس مفهوماً لأول وهلة أن يدفع شخص ديناً غير مستحق عليه إلا أن يكون هذا الشخص قد اعتقد أن الدين مستحق واجب الأداء ولذلك قام بوفائه . ونرى من ذلك أن الغلط . وهو العيب الذي يشوب الوفاء عادة ، مفروض لا يكلف الدافع إثباته (٢).

== قيامه بوفاء تلحق به سفة التصرف القانوني وتخضع بذلك للقواعد العامة في إثبات الصفات القانونية ، وعلى وجه الخصوص ما تعلق منها بنصاب الإثبات بالكتابة أو بالبينة . وقد نصت المادتان ٧٩/٧٤ من التقنين التونسي والمراكشي على أن الوفاء بمقابل وتزيب تأمين خاص لضمان الوفاء وإعطاء اعتراف بالدين أو سند آخر يقصد به إثبات وجود التزام أو براءة التهمة منه تنزل جميعاً منزلة الوفاء . وقد قصد المشروع من عموم العبارات التي استعملت في صياغة القاعدة الخاصة بدفع غير المستحق إلى مواجهة هذه الحالات وأشباهاها ، تسهيل المادة ٢٥٠ (م ١٨١ جديد) بالنص على أن كل من تلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده ، دون أن يخص صورة من صور الوفاء أو ضرباً من ضروب ما يحصل الوفاء به . أما الأمر الثاني فقيامه بالوفاء بما لم يكن مستحقاً في ذمته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٩) .

(١) الغلط هنا هو الغلط الذي يعيب الإرادة بشروطه المروفة . ويستوى أن يكون غلطاً في الواقع أو غلطاً في القانون . ولا يعتبر الغلط في تشريع مهم ، ترددت المحاكم في تفسيره واختلاف ، سبباً لاسترداد ما دفع إذا كان الطرفان وقت الاتفاق قد اتبعا التفسير الأكثر شيوعاً لدى القضاء (استئناف مختلط في ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢٦) . وكذلك الغلط في تفسير نظام شركة لا يكون سبباً للاسترداد إذا كان هذا التفسير ملجأً به من الطرفين وقت الدفع (استئناف مختلط في ١١ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٥٧) .

وكالغلط التدليس ، فإذا تواطأ الدائن مع المدين ، وتقدم في التوزيع بجلع أكبر من حقه ، وتنازل المدين عن المعارضة ، فقبض الدائن المبلغ الأكبر وشاطر المدين الزيادة ، فإن الدائنين المتأخرين في المرتبة يجوز لهم أن يرجعوا على هذا الدائن ليستردوا منه ما أخذ دون حق (استئناف مختلط في ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٢) .

(٢) كان القضاء المصري ، في ظل القانون القديم ، يقضي بأن الدافع هو الذي يكلف إثبات أنه كان في غلط عندما دفع (استئناف مختلط في ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٣٢ - وفي ١٧ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٩) . ولكنه كان يتساهل في استخلاص قرائن قضائية - تقبل بداهة إثبات العكس - على أن الدافع كان في غلط . فالوفاء الحاصل من أحد أطراف المدين وهو يجهل مضمون الحكم الذي قضى بالدين وليست لديه وسيلة للتثبت من أن =

ولكن هذه القرينة القابلية على الغلط هي قرينة قابلة لإثبات العكس .
فيجوز للمدفع له أن ينقضها بأن يثبت أن الدافع كان يعلم وقت الدفع
أنه لم يكن ملزماً بما دفع . فإذا أثبت ذلك قامت قرينة قاطعة أخرى . هي
الآن في مصلحة المدفع له ، على أن الدفع مع العلم بأن الدين غير مستحق إنما
أراد به الدافع أمراً لا يجوز له استرداد ما دفع . فقد يدفع ديناً واجباً على غيره
فضالة أو تبرعاً . فلا يرجع بدعوى غير المستحق على الدائن وإنما يرجع بدعوى
الفضولي على المدين إذا كان قد دفع فضالة أو لا يرجع على أحد إذا كان
قد دفع تبرعاً . وقد يدفع ديناً طبعياً قاصداً بذلك أن يوفى هذا الالتزام ، فلا

= المبلغ الذي يطالب به الدائن هو بقدر الدين ، يفرض فيه أنه وقع عن غلط إذا كان القدر المدفوع
يزيد على الدين (استئناف مختلط في ١٧ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٩) . والوفاء
الحاصل من المدين على طريقه لم يرض بها إلا بحد أن أكد له الدائن تأكيداً قاطعاً أن هذه الطريقة
هي وحدها الصحيحة قانوناً لا يتبرأ للعد متفقاً عليه ، بل يعتبر أنه قد وقع عن غلط
(محكمة مصر الكلية المختلطة في ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ جازيت ١١ رقم ١٩٦ ص ٢٧٣) .
كما كان القضاء يتساهل في استغلال قرائن قضائية على أن الدافع قد دفع عن بينة . فقيام
أحد الشركاء بدفع مبلغ معين على اعتبار أن هذا المبلغ هو نصيبه في الحسارة يتضمن إقرار هذا
الشريك بوقوع هذه الحسارة ، فعليه هو ، إذا أراد استرداد ما دفع ، أن يثبت أنه دفع عن
غلط ما ليس مستحقاً عليه (استئناف مختلط في ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٧٩) —
وقد وصل القضاء المصري في النهاية إلى حد أن جعل عبء الإثبات على المدفع له ، ففضى
بأنه إذا دفع للمدين الدين مرتين أصبح إثبات الغلط لا فائدة منه ، لأنه إذا كانت إحدى هاتين
المرتتين يقوم الدفع فيها على سبب صحيح ، فالأخرى لا يقوم الدفع فيها على سبب ، ومن ثم
لا يكون إثبات الغلط ضرورياً إلا إذا نسب إلى المدين نية القيام بتبرع أو أي تصرف قانوني
آخر ، وهذا ما يجب على المدفع له أن يثبته (استئناف مختلط في ١٢ أبريل سنة ١٩٣٨
م ٥٠ ص ٢٣٣ — أنظر أيضاً استئناف مختلط في ٩ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٣٩) .
وقد حسم القانون الجديد الأمر بأن أقام قرينة قانونية على أن دفع غير المستحق وقع عن غلط ،
وجعل هذه القرينة قابلة لإثبات العكس كما سنرى .

ولكن الحاكم المصرية كانت تقضى على كل حال ، في ظل القانون القديم ، بأن دفع غير
المستحق لا يجوز فيه الاسترداد إلا إذا وقع عن غلط (استئناف مختلط في ٩ مايو سنة ١٨٩٥
م ٧ ص ٢٦٦ — وفي ٢٠ يولية سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٥١ — وفي ٣١ ديسمبر
سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٧٩ — وفي ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥٠ — وفي ٢٨ فبراير
سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٥٣ — وفي ١٧ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٩) .

هذا ويلاحظ أنه إذا اشترط في الدافع أن يكون قد دفع عن غلط حتى يجوز له أن يسترد
مدفع ، فليس من الضروري أن يكون المدفع له قد قبض غير المستحق عن غلط ، فقد يكون
سبه التية كما يكون حسن النية ، وفي الحالتين يرد ما أخذ دون حق على تفصيل سنعرض
له فيما يلي .

بسرّد ما اداه باختياره (م ٢٠١) . وقد يريد بالدفع أن يجوز عقداً قابلاً للإبطال ، فيقلب العقد صحيحاً ويكون الدفع تنفيذاً له . وقد يدفع ديناً مؤجلاً قبل حلول الأجل وهو عالم بذلك لأنه أراد أن يجعل الوفاء متنازلاً عن الأجل ، فيكون وفاؤه صحيحاً ولا يرجع بشيء على المدفوع له (١) . وهذه القرينة القانونية الثانية التي تقوم لمصلحة المدفوع له هي أيضاً قرينة قابلة لإثبات العكس . ويستطيع الدافع أن ينقضها بأن يثبت أحد أمرين :

(أولاً) أنه كان ناقص الأهلية وقت أن دفع : وعند ذلك يستطيع أن يبطل الوفاء لنقص أهليته وأن يسرّد ما دفع ، حتى لو كان قد دفع وهو على بينة من أن الدين الذي دفعه لم يكن مترتباً في ذمته (٢) .

(ثانياً) أنه قد أكره على الوفاء . مثل ذلك أن يكون قد وفى الدين من قبل ، ولما طوّل به مرة ثانية لم يعثر على المخالصة ، فاضطر أن يوفيه مرة أخرى خشية التنفيذ على ماله ، ثم عثر بعد ذلك على المخالصة ، ففي هذه الحالة يستطيع أن يسرّد ما دفع دون حق ولو أنه وقت الدفع كان يعلم أنه يدفع ديناً غير مستحق (٣) . ومثل ذلك أيضاً أن يكون قد سدد ما عليه من الضرائب ، ثم

(١) أما إذا كان قد دفع ديناً غير موجود أصلاً وهو على بينة من الأمر — كما إذا دفع وصية عدل عنها للموصى أو ديناً مطلقاً على شرط واقف بعد تخلف الشرط أو هبة بائلة لأنها لم تفرغ في ورقة رسمية — فقد يريد بذلك أن يتبرع للمدفوع له بما دفع متفقاً أن هذا واجب أدبي قد ترتب في ذمته ، بل قد يكون هذا الواجب قد ارتقى إلى منزلة الالتزام الطيبي فلا يسرّد ما أداه من ذلك باختياره .

وقد يكون الدين الذي أداه مصدره عقد باطل لسبب يرجع إلى النظام العام أو الآداب وهو عالم بالعلان ، كما إذا دفع دين قدر أو فوائد ربوية ، فيستطيع في هذه الحالة أن يسرّد ما دفع بالرغم من علمه بالعلان ، لأن هذا الحل هو الذي يقتضيه النظام العام والآداب (أنظر م ٢٢٧ فقرة ١ وهي تميز استرداد القوائد الربوية وم ٧٣٩ فقرة ٢ وهي تميز استرداد دين المأجرة والرهان) .

(٢) أما إذا دفع ناقص الأهلية ديناً مترتباً في ذمته ، فإن الدفع يكون صحيحاً ميراثاً للذمة إذا لم يلحق به ضرر ، ومن ثم لا يجوز له استرداد ما دفع . وقد نصت الفقرة الثانية من اللائحة ٢٢٥ على هذا المحكم صراحة إذ تقول : « ومع ذلك فالوفاء بالشئ للتحقق ممن ليس أهلاً لمصرف فيه ينقضى به الالتزام إذا لم يلحق بالوفاء ضرراً بالملوك » .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا صدر حكم في مخالفة ، وهذه النيابة العامة بتنفيذ أعمال محكوم بها على حساب المحكوم عليه ، فإن هذا الأخير يجوز له ، بعد أن يدفع المصروفات المطلوبة منه ، أن يسرّد ما دفع دون حق إذا هو أثبت أن ما دفعه يزيد على =

طوبل بها مرة أخرى ووقع حجز إدارى على ماله . فاضطر إلى الدفع وهو عالم بأن الدين غير مستحق ، فيجوز له في هذه الحالة أن يسترد ما دفع لأنه كان مكرهاً على الدفع (١) .

= الأجرة المعتادة لهذه الأعمال ، وبخاصة إذا كان قد طلب من الإدارة قبل ذلك بيانات وتفاصيل عن الأعمال المطلوبة لينفذها بنفسه فلم ترد عليه الإدارة (١٩ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ م ٣٧٥ - أنظر أيضاً استئناف مختلط في ١٠ أبريل سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية للمعالم المختلطة ٤ - ٢٥٢ - وفي ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ م ٧٤ - وفي ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ م ٧٣ - وفي ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ م ٤٥٢ - وفي ١٧ يولية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ م ٥٦٩) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأنه « إذا ادعى مدين أنه سدد الدين المطلوب الحكم به عليه ، ثم حكم بإلزامه بهذا الدين ، وتناول هذا الحكم ما كان يدعيه المدين من التخالص من الدين بالوفاء قائلاً عنه إنه غير ثابت لعدم تقديم أية مخالصة ، فليس لهذا الدين بعد ذلك أن يدعى براءة ذمته بدعوى جديدة بناء على مخالصة يجدها بعد ذلك » (نقض في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٧ م ١٦) . وقد يقال لتبرير قضاء محكمة النقض إن عدم التخالص من الدين قد قضى فيه بحكم حاز قوة الشيء المقضى فلا يجوز الرجوع بعد ذلك لمناقشة هذه المسألة . على أن محكمة الاستئناف المختلطة تهدر الدفع بقوة الشيء المقضى إذا ثبت لها أن المدفوع له قد حصل على غير المستحق عن طريق التدليس (استئناف مختلط في ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ م ١٢٢) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إجبار شركة على أن تدفع ضريبة السير في الطرق الزراعية عن طريق تهديدها بعدم إعطائها رخصة بتسيير مركباتها أو بعدم تجديد هذه الرخصة يجعل للشركة الحق في أن تسترد ما دفعته دون حق إذا كانت الضريبة غير قانونية (٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ م ٦٨ - أنظر أيضاً استئناف مختلط في ٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ م ٢٠٢) .

هذا وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتى : « فإذا أقام المدعى هذا الدليل (على أنه وفي دينا غير مستحق) فيفرض أنه قد أوفى خطأ وأن من حقه أن يسترد ما دفع . وقد نص التقنين الأسباني على ذلك صراحة ، فقرر في المادة ١٩٠١ أنه يفرض الخطأ في الوفاء إذا سلم المالم يستحق أصلاً أو ماسبق أدائه . ويضيف النص إلى ذلك : ولكن يجوز لمن يطلب إليه الرد أن يقيم الدليل على أن التسليم كان على سبيل التبرع أو لآى سبب مشروع آخر . والواقع أن من سلم ما يدعى بعدم استحقاقه له لا يكون عليه إلا إسقاط قرينة الخطأ في الوفاء . فإذا أثبت أن الوفاء بما لم يكن مستحقاً قد تم عن نيئة من الموفى ، فيفرض أنه أوفى على سبيل التبرع ، إلا أن يكون غير كامل الأهلية أو أن يقوم الدليل على أنه أدى ما أداه تحت سلطان إكراه : كما إذا كان قد فقد المخالصة وأكره بذلك على الوفاء مرة أخرى » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ م ٤٩ - - م ٥٠) .

٢٤- الوفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق

٨٢٦- ركناؤه: تختلف هذه الحالة عن الحالة التي سبقها في أن الدين الذي دفع في الحالة السابقة لم يكن مستحقاً في ذمة الدافع وقد وفده هذا عن غلط أو إكراه أو وهو ناقص الأهلية . أما الدين الذي وفده الدافع في الحالة التي نحن بصدددها فهو دين مستحق واجب الوفاء وقت الدفع . ولكنه أصبح غير مستحق بعد ذلك . وتقوم هذه الحالة في الأخرى عن ركبتين : (١) وفاء صحيح بدين مستحق الأداء . (٢) زوال سبب هذا الدين بعد أن تم الوفاء به .
١ . الركن الأول - وفاء صحيح بدين مستحق الأداء :

٨٢٧- هذا هو عكس ماقررناه في الحالة السابقة ، فهناك كنا أمام وفاء غير صحيح بدين غير مستحق الأداء . أما هنا فنحن أمام وفاء صحيح بدين مستحق الأداء . ومثل الدين المستحق الأداء أن يكون ديناً واجباً بعقد معلق على شرط فاسخ أو قابل للفسخ أو قابل للإبطال . فما دام الشرط الفاسخ لم يتحقق ، وما دام العقد لم يطلب فسخه أو إبطاله . فإن الالتزام الناشئ من العقد يكون ديناً مستحق الأداء . ويلزم المدين بالوفاء به .
وسواء وفي المدين الدين اختياراً أو إجباراً فإن وفاءه صحيح . ولا يشوب الوفاء هنا مايشوبه في الحالة السابقة من عيب ، إذ الدين صحيح وواجب الأداء ، والوفاء به أيضاً وفاء صحيح مبرىء للذمة .

ب . الركن الثاني - زوال سبب الدين بعد أن تم الوفاء به :

٨٢٨- وما دام الدين صحيحاً واجب الأداء ، وقد وفى به المدين وفاء صحيحاً مبرئاً للذمة ، فقد انقضى الدين ، ولا سبيل لاسترداده بعد انقضائه . ولكن الذي يحدث في هذه الحالة ، فيفتح السبيل إلى الاسترداد ، هو أن السبب الذي كان مصدره لهذا الدين يزول : يتحقق الشرط الفاسخ الذي كان الالتزام معلقاً عليه ، أو يفسخ العقد الذي كان قابلاً للفسخ . أو يطل العقد الذي كان قابلاً للإبطال . ففي هذه الصور جميعاً يتبين أن الدين الذي وفى به المدين ، ولو أنه كان ديناً مستحق الأداء وقت الوفاء به . قد زال سببه فأصبح غير مستحق . ويتبين تبعاً لذلك أن المدين قد وفى ديناً غير مستحق

فيجوز له اسرداده (١) .

ونورد أمثلة على ما قدمناه :

شخص يشتري عينا تحت شرط فاسخ ، ويدفع الثمن ، ثم يتحقق الشرط . هنا يزول بانفساخ البيع سبب التزامه بدفع الثمن ، ويكون له أن يسترد الثمن من البائع بدعوى استرداد المدفوع بغير حق .

مشتري يدفع ثمن ما اشتراه ، ولكن المبيع يستحق في يده ، فيفسخ البيع . هنا أيضاً يزول بفسخ البيع سبب التزامه بدفع الثمن ، ويسترد من البائع ما دفع . وكثيراً ما يتحقق هذا الفرض في الصورة العملية الآتية : عقار مرهون يباع جبراً على المدين ، ويدفع من رسا عليه المزايد الثمن للدائنين المرتهنين وقاء لحقوقهم ، ثم يستحق العقار في يد الراسي عليه المزايد ويتزعه منه المالك الحقيقي . لا شك في أن الراسي عليه المزايد في هذه الحالة يستطيع الرجوع على مدينه - وهو البائع - بضمان الاستحقاق . ولكن ألا يجوز له الرجوع على الدائنين المرتهنين أنفسهم فيسترد منهم ما دفعه لهم بدعوى استرداد المدفوع بغير حق ؟ تردد القضاء الفرنسي في ذلك ، ثم استقر على جواز الرجوع على الدائنين المرتهنين (٢) . ويمكن توجيه هذا القضاء على اعتبار أن البيع في المزايد قد انفسخ باستحقاق المبيع ، فأصبح الراسي عليه المزايد غير مدين بالثمن ، ويكون قد دفع للدائنين ما هو غير مستحق عليه وقت أن وفاهم ديونهم ، فيرجع عليهم بما دفع . ويتبين من ذلك أن الراسي عليه المزايد يكون في هذه الحالة مخيراً بين الرجوع بضمان الاستحقاق على المدين أو للرجوع

(١) وإذا كان لا بد من القول في هذه الحالة بأن هناك غلطاً في جانب الدافع وهو يدفع الدين ، فمن الممكن القول بذلك على الاعتبار الآتي : أن الدافع وقت أن دفع الدين المطلق على شرط فاسخ أو الدين الواجب بقدر قابل للفسخ أو قابل للإبطال لم يكن يعلم أن الشرط الفاسخ سيحقق أو أن العقد قابل للفسخ أو للإبطال . ويتربى على ذلك أنه لو دفع ديناً مطلقاً على شرط فاسخ وهو يعلم أن الشرط قد تحقق ، أو ديناً واجباً بقدر قابل للفسخ وهو عالم بقيام سبب الفسخ ، حل ذلك منه على أنه يفي بالتزام طبعي أو على أنه متبرع . وإذا دفع ديناً واجباً بقدر قابل للإبطال وهو يعلم ذلك اعتبر دفعه الدين بإجازة للمقد .

(٢) محكمة استئناف ليون في ١٥ ديسمبر سنة ١٨٤١ سيرة ١٨٤٢ - ٢ - ١٦٨ -
محكمة استئناف ريم في ٢٨ يونيو سنة ١٨٥٥ دالوز ١٨٥٦ - ٢ - ١٣٦ - محكمة
استئناف الجزائر في ٢ يناير سنة ١٨٨٣ سيرة ١٨٨٤ - ٢ - ١٧ .

بإسترداد المدفوع بغير حق على الدائنين (١) . وهذا هو أيضاً ما جرى عليه القضاء في مصر (٢) .

قاصر اشترى من ٠ ودفع ثمنه للبائع . العقد هنا قابل للإبطال . فإذا أبطله القاصر زال سبب التزامه بدفع الثمن . وكان له هنا أيضاً أن يسترد ما دفع .

المطلب الثاني

تكليف الالتزام برد ما أخذ دون حق

٨٢٩- تحميل مائتي دفع غير المستحق وردهما إلى قاعدة الإثراء بلا سبب:

قدمنا أن دفع غير المستحق ليس إلا صورة من صور الإثراء بلا سبب .

(١) أنظر في هذا المعنى لارومبيير م ١٣٧٧ فقرة ١٧ - ديملوب م ٣١ فقرة ٣٠٦ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٢٣٧ - ديموج ٣ فقرة ٩٥ .

(٢) استئناف مختلط في ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٢٨ - وفي ٢٣ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٣٠ (وفي هذه القضية كان الدافع حائراً للعقار ووفى الدائن الرهن . ثم نزع ملكية العقار فرسا عليه الزاد ، فيكون قد وفى الدائن الرهن مرتين وله الرجوع عليه بدعوى غير المستحق) . وفي ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٥٨ .

وقرب من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا كان الدينون أخوة ثلاثة ، ووقع خطأ في قائمة التوزيع النهائية فلم يذكر إلا إثنان منهم ، ولم يدرج إلا دائنوه هذين الاثنين فاستولوا على جميع الثمن ، كان على هؤلاء الدائنين أن يردوا ثلث ما استولوا عليه لدائني الأخ الثالث (١٧ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٥٧) . وقضت أيضاً بأنه إذا دفع الدين الحال عليه عن غلط كل الدين إلى الحال له ، بالرغم من وجود حجوز تحت يده ، كان له أن يسترد من الحال له ما أخذه هذا دون حق (٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٣) . وقضت كذلك بأنه إذا دفع المشتري وقت توقيع العقد الابتدائي قسطاً من الثمن لدائنين مرتين ، ثم نزع هذا الدائن ملكية العقار المبيع فاستول على حقه ، جاز للمشتري أن يسترد منه ما سبق أن دفعه له (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٥١) . أنظر مع ذلك محكمة مصر المختلطة في ٢٨ يناير سنة ١٩١٩ جازيت ٩ رقم ١٣٣ ص ٢٣٠ - وأنظر أيضاً ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أن الدائن المدرج في كشف التوزيع لا يجوز أن يسترد منه ما أخذ بحجة أنه أخذ أكثر من حقه إذا لم تحصل منازعة في إدراجه في كشف التوزيع وذات مواعيد الطعن (٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م ١٣ ص ٣١٩ - ٢٨ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٥٤ - أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٧ - ٩ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٣٩) ، وذلك ما لم يقع منه تدليس (١٣ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٩٥ - ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٢) .

ونحلل الآن كلا من حالتيه لئلا نلحق ذلك في وضوح .

فالحالة الأولى ، وهي حالة دفع دين غير مستحق وقت الوفاء به ، تنطوي على عمل من أعمال الوفاء قد شابه عيب يجعله قابلاً للإبطال . فالدافع لدين غير مستحق إما أن يكون قد دفع عن غلط - وكالغلط التدليس - أو عن إكراه ، وإما أن يكون ناقص الأهلية . ولما كان الوفاء عملاً قانونياً (acte juridique) فهو قابل للإبطال لهذا العيب الذي شابه . وللدافع إذن أن يبطله . ومتى بطل زال السبب الذي نقل القيمة المدفوعة من ذمة الدافع إلى ذمة المدفوع له . فيترى المدفوع له دون سبب على حساب الدافع . ومن ثم يسترد الدافع ما دفع بمقتضى قاعدة الإثراء (١) .

وترد أيضاً الحالة الثانية إلى قاعدة الإثراء بلا سبب . ففيها يبي الدافع بدين مستحق الأداء ، ثم يزول سبب استحقاق الدين بتحقيق الشرط الفاسخ أو بفسخ العقد أو بإبطاله . فالوفاء الذي كان العقد سبباً له أصبح الآن دون سبب بزوال العقد . ومن ثم يبطل الوفاء . ومتى بطل زال السبب الذي نقل القيمة المدفوعة من ذمة الدافع إلى ذمة المدفوع له . فيترى المدفوع له ، هنا أيضاً . دون سبب على حساب الدافع ، ويسترد الدافع ما دفع بمقتضى قاعدة الإثراء .

ولما كان الوفاء يبطل في الحالتين كعمل قانوني ، فهو لا يبقى إذن إلا كواقعة مادية ، هي الواقعة التي ترتب عليها إثراء المدفوع له وافتقار الدافع ، ومن ثم فهي الواقعة التي تنشأ الالتزام ببرد المدفوع بغير حق .

وإذا كان دفع غير المستحق ، على ما رأينا ، صورة من صور الإثراء بلا سبب ، إلا أنها صورة تتميز بالخاصية الآتية : قيمة الافتقار فيها تعدل قيمة الإثراء . فالدافع قد افتقر بقيمة ما دفع ، والمدفوع له قد أثرى

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في هذا الصدد ما يأتي : « ليس دفع غير المستحق سوى تطبيق خاص للقاعدة العامة في الإثراء بلا سبب . فالوفاة بدين تصرف قانوني يجب أن يتجمع له الشروط الواجب توافرها في سائر التصرفات القانونية . فيشترط أن يكون بوجه خاص خلواً مما يعيب الرضاء من غلط أو تدليس أو إكراه ، وأن يصدر ممن تتوافر لديه أهلية الوفاء . فإذا شاب الرضاء عيب من هذه العيوب أو تخلف شرط الأهلية كان الوفاء غير صحيح . ويعتبر من تلزم ما أوفى به أو أدى على هذا الوجه قد أثرى دون سبب ، ويصبح ملزماً بالرد وفقاً لقواعد الإثراء » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٨) .

بهذه القيمة ذاتها . ومن ثم يسرد المدفع . دفع (١) . هذا هو الأصل ، ويستثنى منه ما إذا كان المدفوع له ناقص الأهمية . فينظر إلى القيمة التي انتفع بها فعلا وقد تنقص عن القيمة التي أخذها . فلا يرد إلا التمر الذي انتفع به (م ١٨٦) . وسرى تفصيل ذلك فيما يلي .

٨٣٠ - التمييز بين دين في الذمة وبين معينة بالذات : ويمكن التمييز .

في دفع غير المستحق . بين ما إذا كانت القيمة التي نقلها الدافع إلى المدفوع له ديناً في الذمة أو عيناً معينة بالذات . ففي الأمثلة التي سقناها فيما تقدم كانت القيمة المنقولة ديناً في الذمة . فلما زال سبب الإثراء لم يبق للدافع إلا دعوى شخصية يرجع بها على المدفوع له هي دعوى استرداد المدفوع بغير حق . أما إذا كانت القيمة عيناً معينة بالذات ، كما إذا كان المدفوع عقاراً باعه صاحبه وسلمه للمشتري ثم فسخ البيع لعدم استيفاء الثمن : فإن العقار يفسخ البيع تعود ملكيته للبائع . إذ هو عين معينة بالذات وليس ديناً في الذمة . ومن ثم يكون للدافع في هذه الحالة . إلى جانب دعوى استرداد المدفوع بغير حق وهي دعوى شخصية . دعوى عينية هي دعوى الاستحقاق (٢) .

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « يلزم من يسلم غير المستحق برداً ما يؤدي إليه . وليس ترتيب هذا الالتزام إلا تطبيقاً للقواعد العامة في الإثراء . فما لا ريب فيه أن من قبض غير المستحق يثرى دون سبب ما دام ولاء من أدى له وقع غير صحيح . وأقل قيمة ينبغي ردها هي مقدار الباع الذي سلم بغير حق . ومع ذلك فلا يرد على المفاضلة بين قيم شئ ، إذ الأمر ينحصر في قيمة واحدة . فالبايع الذي يدفع بثلث قيمة ما أقرى به المدين وما نقص من مال الدائن في آن واحد . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٩) .

(٢) قارن ما جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في هذا الصدد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٩) . وقد تجوز التفريق من بعض الوجوه بين قاعدة الإثراء بلا سبب في ذاتها وبين تطبيقها في حالة دفع غير المستحق . فدعوى أن الإثراء بلا سبب يستلزم تحول ما يثرى به المدين في ذمته المالية ، ولا يلزم بالرد إلا بمتقضى التزام شخصي . وعلى القيس من ذلك لا يثبت على دفع غير المستحق انتفاع ملك ما يؤدي دون حق إلى المدين ودخوله في ذمته . ذلك أن هذا الوقت ، وهو قابل لإعلان بحكم الحال ، لا يكون من شأنه نقل الملك . ولدين يلزم برد ما دنى عيناً لا بمتقضى التزام شخصي ، بل بمتقضى استحقاق غير له . على أن هذا الفارق الفقهي البحث لا يخلو دون اعتبار أحكام دفع غير المستحق تطبيقاً لقاعدة الإثراء بلا سبب من

المبحث الثاني

أحكام دفع غير المستحق

٨٣١- دعوى استرداد غير المستحق : إذا تحققت حالة من حالتى دفع غير المستحق نشأت دعوى لمصلحة الدافع قبل المدفوع له هى دعوى استرداد غير المستحق . ونستعرض فى هذه الدعوى من يكون المدعى ، ومن يكون المدعى عليه . وما الذى يطالب به المدعى المدعى عليه ، وكيف تسقط هذه الدعوى فى بعض الحالات الخاصة .

المطلب الأول

المدعى والمدعى عليه فى دعوى استرداد غير المستحق

١- المدعى :

٨٣٢- المدعى فى هذه الدعوى هو الدائن الذى يسترد ما دفع دون حق . والدائن هو من حصل الدفع من ماله (١) لأنه هو الذى افتقر . ويغلب أن يكون هو الذى تولى الدفع فعلاً ، فيفترض أنه دفع من ماله . وقد يكون الوكيل هو الذى تولى الدفع . فإن كان قد دفع من مال الأصل فالأصل هو الدائن . وإن كان قد دفع من ماله الخاص ولم يجز الأصل الدفع كان الوكيل هو الدائن . والمفروض فى الوكيل إذا دفع عن الأصل أنه يدفع من مال الأصل لا من ماله هو .

وقد يكون النائب - الوصى أو القيم أو ناظر الوقف الخ - هو الذى تولى الدفع عن الأصل . وحكمه فى ذلك حكم الوكيل على النحو الذى فصلناه . وإذا دفع الكفيل أكثر من الدين الذى فى ذمة المكفول . كان هو

= بحث مضمون الفكرة بوجه عام . ومن المحقق أن من ينسلم غير المستحق يتعين عليه رده بمقتضى التزام يقع على عاتقه طبقاً لهذه القاعدة ، دون أن يكون هناك عمل للتفريق بين ما إذا كان من تسلم حسن النية أو سيئها ، وما إذا كان ما سلم من القيمات أو الثلبات .

(١) استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ من ١٤٩ .

الدائن بقدر الزيادة .

ويجوز للدائني الدائن أن يستعملوا حقه فيطالبوا باسترداد المدفوع دون حق طبقاً لتواعد الدعوى غير المباشرة . ويجوز كذلك لورثة الدائن بعد موته أن يستعملوا هذا الحق الذي آل إليهم بالميراث (١) .
ب - المدعى عليه :

٨٣٣- والمدعى عليه . أى المدين في دعوى غير المستحق . هو المدفوع له بغير حق ، حتى لو كان الدفع او كيله أو نائبه من وصى أو قيم أو ناظر وقف أو نحو ذلك .
وإذا كان المدعى عليه ناقص الأهلية كان الرجوع عليه بقدر ما انتفع على النحو الذى سنبينه فيما يلى (٢) .

المطلب الثانى

بماذا يطالب المدعى المدعى عليه في دعوى استرداد غير المستحق

٨٣٤- النصوص القانونية: نصت المادة ١٨٥ من القانون الملى الجديد على ما يأتى :
« ١ - إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم » .

(١) وقد يدفع مدين الدين لغير دائنه ، فيستطيع الرجوع بدعوى غير المستحق على المدفوع له ، وبسبب للدائن الحقيقى أن يرجع بحقه على هذا المدين . ولكن هل يجوز ، تحسباً لتعدد الرجوع ، أن نجعل الدائن الحقيقى يرجع مباشرة على المدفوع له ؟ لأنرى وجهاً لرجوع الدائن الحقيقى على المدفوع له بدعوى غير المستحق لأن الذى يرجع بهذه الدعوى هو المدين الذى دفع من ماله كإرباء ، ولا بدعوى إرباء لأنه لم يفقر إذ أن حقه لا يزال باقياً في ذمة المدين . ولكن يستطيع استعمال حق مدينه في الرجوع على المدفوع له عن طريق الدعوى غير المباشرة . وقد يستطيع أيضاً أن يرجع على المدفوع له بدعوى الغشاة إذا كان هذا قد نظر إلى مصلحته فتقبل الدعوى نيابة عنه . (أنظر في هذه المسألة ديموج ٣ ص ٩٩ - بلانبول وريير وبولانيه ٢ فقرة ١٢٤٤) .

(٢) وإذا استوفى دائن حقه من غير المدين ، كان للدافع أن يرجع بدعوى غير المستحق على هذا الدائن ، بدعوى الإرباء . لا سبب على المدين الحقيقى . ولكنه لا يرجع على المدين الحقيقى بدعوى غير المستحق وفقاً لتواعد الفنى وإلحاقاً .

٢- أما إذا كان سىء النية فإنه يلتزم أن يرد أيضاً الفوائد والأرباح التي جناها ، أو التي قصر في جنبها ، من الشيء الذي تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سىء النية .

٣- وعلى أى حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمرات من يوم رفع الدعوى (١) .

ويتبين من هذا النص أنه يجب التمييز بين ما إذا كان المدفوع له حسن النية أو كان سىء النية . وهذا التمييز جوهرى في تحديد مقدار ما يرجع به الدافع على المدفوع له . فنستعرض أحكام كل فرض من هذين الفرضين ، ثم نستعرض حالتين معينتين تميزتا بأحكام خاصة .

§ ١ - المدفوع له حسن النية

٨٣٥- حسن النية هنا معناه أن المدفوع له يعتقد أنه يتسلم ما هو مستحق له . والفروض أن المدفوع له حسن النية فلا يكلف إثبات حسن نيته . والدافع هو الذى عليه أن يثبت سوء نية المدفوع له إذا ادعى ذلك ، فيثبت أن المدفوع له كان يعلم أنه تسلم شيئاً غير مستحق له فهو سىء النية منذ البداية ، أو أنه علم بعد أن تسلم الشيء أنه غير مستحق له فهو حسن النية وقت التسلم سىء النية بعد ذلك . ويجوز إثبات سوء النية بجميع طرق الإثبات : ولو بالبيئة والقرائن ، لأن سوء النية واقعة مادية .

فإذا كان المدفوع له حسن النية على الوجه الذى بيناه ، فإما أن يكون قد تسلم نقوداً أو أشياء مثلية وإما أن يكون قد تسلم عيناً معينة بالذات . ويختلف الحكم في كل من الحالتين .

(١) وكان النص في القانون المدنى القديم على الوجه الآتى : « فإذا أخذ ذلك الشيء مع علمه بعدم استحقاقه له كان مشولاً عن فقده وملزماً بفوائده وربيعه » (م ١٤٦/٢٠٧ قديم) . وظاهر أن النص الجديد أوضح بياناً من النص القديم . تاريخ النص الجديد : ورد هذا النص في المادة ٢٥٤ من المشروع التمهيدي مع خلافاً لفظية طفيفة . وفي لجنة المراجعة اقترح إدخال هذه التعديلات اللفظية فأقرتها اللجنة ، وأصبح رقم المادة ١٩٠ في المشروع التمهائى . وفي مجلس النواب ووفق على المادة دون تعديل تحت رقم ١٩٠ . وفي مجلس الشيوخ ووفق على المادة دون تعديل ، وأصبح رقمها ١٨٥ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٧ - ص ٤٦١) .

١ - المدفوع نقوداً أو أشياء مثلية :

٨٣٦- إذا كان المدفوع نقوداً أو أشياء مثلية - غللاً أو أقطاناً أو

نحو ذلك - فإنه يدخل ديناً في ذمة المدفوع له. ويجب عليه رده بدعوى غير المستحق. ويرد مقدار النقد الذي تسلمه دون نظر لتغير سعر النقد ، أو يرد التدر الذي أخذ من الأشياء المثلية (١) .

أما الثروات والفوائد فلا يلتزم بردها ما دام حسن النية ، لأنه تملكها بالقبض . ويلتزم بردها إذا أصبح سيء النية ومن وقت أن أصبح كذلك . وعلى أى حال يلتزم برد الثروات والفوائد من يوم رفع الدعوى ، إذ يفترض سوء نيته من وقت مطالبته قضائياً برد ما تسلمه دون حق (٢) .

(١) ويجوز، طبقاً للمادة ٢٠٥ من القانون المدني الجديد ، أن يحصل الدائن على شيء من النوع ذاته على ثقة الدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال ، كما يجوز للدائن أن يطالب بقيمة الشيء ، من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض .

هذا وإذا أصدرت شركة سندات استهلكتها فيما بعد ، ودفعت غلطاً فوائد هذه السندات بعد استهلاكها ، فإن لها أن تسترد الفوائد التي دفعتها دون حق أو أن تحمل ما دفعت من الفوائد قصاصاً في بعض رأس مال السندات التي استهلكتها . ولكن صدر قانون في فرنسا في أول أغسطس سنة ١٨٩٣ يقضى بأن الشركة لا تسترد في هذه الحالة الفوائد التي دفعتها ، وعليها أن ترد رأس مال السندات المستهلكة كاملاً . ويبررون هذا الحكم في فرنسا بخطأ الفكرة في الاستمرار على دفع فوائد السندات بعد استهلاكها ، وبأن هذه الفوائد تعادل ربع رأس مال السندات المستهلكة قبل دفعه (أنظر بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٢٤٣) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديد في هذا الصدد ما يأتي : « أما فيما يتعلق بشركات الشيء الذي سلم فتمتع محل التفريق بين من قبض بحسن نية ومن قبض بسوء نية . فلا يلزم الأول بالثروات أو الفوائد إلا من وقت رفع الدعوى ، لأنه يملك الثروات ما دام حسن النية وفقاً للقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ س ٤٦٠) .

هذا والمطالبة القضائية برد الشيء غير المستحق إذا كان قد توجب دفع الفوائد القانونية (٤٠٪ في المسائل المدنية و ٥٠٪ في المسائل التجارية) من وقت المطالبة متى دخلت المطالبة بالفوائد في صحيفة الدعوى (م ٢٢٦) ، وتوجب رد الثروات أو التعويض بحسب ما يقدر الدائن من وقت رفع الدعوى إذا كان المدفوع أشياء مثلية لا نقداً .

أنظر في الموضوع استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٤٧ - ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ - محكمة مصر المختلطة التجارية ١٣ أبريل سنة ١٩٢٩ حازيت ٢٠ رقم ١٣٢ ص ١٢٧ - دي هلتس تحت لفظ Ex-paiement فقرة ١٦٦ وما بعدها - بلذكور عبد السلام ذهني في الالتزامات ص ٦٨٨ .

ب - المدفوع عين معينة بالذات :

٨٣٧- رد العين: وإذا كان المدفوع عيناً معينة بالذات - سيارة أو فرساً أو أرضاً أو منزلاً - فقد رأينا فيما قدمناه أن ملكية العين تعود إلى الدافع. وله في استرداد العين دعويان، دعوى عينية هي دعوى الاستحقاق، ودعوى شخصية هي دعوى غير المستحق. ونقصر كلامنا على الدعوى الثانية فهي وحدها محل البحث هنا.

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نصوص في هذا الموضوع حذفت في لجنة المراجعة تجنباً للتفصيلات (٢)، فجاء المشروع الهائى خلواً منها. على أن الأحكام التى تضمنتها النصوص المحذوفة ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة التى يعمل بها فيما إذا حاز الغير عيناً معينة بالذات. وهذه القواعد تجلها مقررة في نصوص أخرى تبين متى يملك الحائز الثمار (م ٩٧٨ - ٩٧٩) - وكيف يسترد المصروفات (م ٩٨٠ - ٩٨٢) - وتحدد مسؤوليه عن الهلاك والتلف (م ٩٨٣ - ٩٨٤). ولما كان المدفوع له بعين معينة بالذات لا يخرج عن أن يكون حائزاً لهذه العين، فإن النصوص المتقدمة الذكر هى التى تنطبق على حالته. لذلك نستعين في تفصيل ما نحن في صدد هذه النصوص التى تقرر القواعد العامة وبالنصوص المحذوفة من المشروع التمهيدى.

نصت المادة ٢٥٥ من المشروع التمهيدى - وقد حذفت عند المراجعة كما أسلفنا القول - على أن كل من تسلم دون حق شيئاً معيناً بالذات التزم برده عيناً ما دام قائماً. وليس هنا النص المحذوف إلا تطبيقاً للقواعد العامة. فالمدفوع له بعين معينة بالذات يتزم بردها عيناً للدافع بمقتضى التزام شخصى هو رد غير المستحق. والمفروض في ذلك أن العين لا تزال قائمة في يد المدفوع له. لم تهلك ولم تنتقل إلى يد أخرى. وقبل أن نعرض لبيان الحكم فيما إذا هلكت العين أو انتقلت إلى يد أخرى، نبين الحكم في رد الثمار واسترداد المصروفات.

٨٣٨- رد الثمار واسترداد المصروفات: أما الثمار فإن المدفوع له حسن

النية يكسبها بالقبض إلى يوم رفع الدعوى . نستخلص هذا الحكم من المادة ١٨٥ إلى سبب ذكرها ، ونراه صريحاً في المادة ٩٧٨ التي تقرر القاعلة العامة في هذه المسألة ، وقد جرت بما يأتي : ١ - يكسب الخائر ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية . ٢ - والثمار الطبيعية أو المستخلصة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها ، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوماً فيوماً (١) . ومن

(١) وقد يقبض المستحق في الوقف نصيبه في الغلة ، ثم يتبين أنه غير مستحق في الوقف أو أنه قبض أكثر من نصيبه ، فيعتبر الاستحقاق (وهو حق الانتفاع المبنى) في هذه الحالة عيناً مدفوعة دون حق ، ويجب على المدفوع له ردّها ، ولكن إذا كان هذا حسن النية فإنه لا يرد غلة الوقف التي صرفها له الناظر لأنها تعتبر ثماراً ملكها بالقبض . وقد قررت محكمة النقض هذا المبدأ في وضوح على الوجه الآتي : « إن تطبيق المادتين ١٤٥ و ١٤٦ من القانون المدني (م ١٨١ و ١٨٥ جديد) يقتضي حكماً التفريق بين الشيء المأخوذ بدون حق وبين ثمرته ، فإن اسلك حكماً ، إذ الشيء المأخوذ واجب الرد على كل حال ، أما الثمرة فواجبة الرد إذا كان أخذ الشيء قد أخذه بسوء نية عالماً ألا حق له فيه . أما إذا كان أخذه إياه ولم بسلامة نية دون علمه بدم استحقاقه له فلا رد لثمرته . فإذا كانت الوقائع الثابتة بالحكم أن زيداً كان يعتبر نفسه مستحقاً في وقف ، وكان ينتقد هذا تمام الاعتقاد ، ويستفد منه ناظر الوقف وباقي المستحقين اعتقاداً ثم جميعاً سلبوا النية فيه ، واستمر زيد مدة طويلة يستولى على نصيبه من غلة الوقف ، حتى جاء بكر فادعى الاستحقاق ودونه وحصل على حكم شرعى نهائى لمصلحته ، ثم رفع بكر دعوى يطالب بها زيداً أن يرد ما أخذه من غلة الوقف في السنين الماضية التي استولى فيها على هذه الغلة ، فهذه الوقائع تدل على أن الذي أخذه زيد بدون حق إنما هو حق الانتفاع أو أصل الاستحقاق ، ذلك الحق المبنى الذي كان واضحاً يده عليه بواسطة ناظر الوقف ، وأن المال الذي كان يقبضه سنوياً إنما هو الثمرة الناتجة من ذلك الحق المبنى الذي أخذه بدون وجه حق . وإذن فالشيء الذي يجب رده بمقتضى المادة ١٤٥ (م ١٨١ جديد) هو أصل الاستحقاق في الوقف أى حق الانتفاع المبنى (droit d'usufruit) وهو ما حصل رده تنفيذاً للحكم الشرعى . أما الثمرة وهي الربح الذي كان يقبضه فقير واجب ردّها ما دام أخذه لأصل الحق النتج لها ووضع يده عليه كان بسلامة نية » (قضى في ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ بمجموعة عمر ١ رقم ٢٦٨ ص ٧٩٣) .

وعلى أساس أن المستحق في الوقف لا يلزم برد ما نسله زيادة على استحقاقه إلا إذا كان سوء النية يبنى أن يفهم الحكم الآتي الصادر هو أيضاً من محكمة النقض : « الزام المستحق في الوقف برد ما نسله زيادة على استحقاقه يقوم على حكم المادة ١٤٥ من القانون المدني (م ١٨١ جديد) ، فالحكم الذي يلزمه بالرد متناً من إثرائه على حساب الغير (والأولى أن يقال رداً لما أخذ دون حق) لا مخالفة فيه للقانون . ولا محل للاحتجاج بالمادة ١٤٧ مدنى (م ٢٠٩ جديد) إذ أنها وردت في شأن الالتزامات الطبيعية وانتاع الرد فيها يوفى منها » (قضى ١٣ يونيو سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٩٤ ص ١٩١) .

ثم نرى أن المدفوع له حسن النية لا يرد الثمار سواء كان المدفوع عيناً معينة بالذات أو كان نقوداً أو أشياء مثلية (١) .

= ومع ذلك أنظر الحكم الآتي وقد صدر أيضاً من محكمة النقض : « إذا كان الوقف صادراً على ذرية الواقف ، وبرهن أحد على أنه من الذرية وأثبت استحقاقه ، وكان الخلاف على استحقاقه متعلقاً بالنسب ، فإن الحكم يكون مستنداً إلى وقت الوقف ويكون له الرجوع بحصته في السنين الماضية على من قبضه من المستحقين . أما إذا كان الخلاف غير متعلق بالنسب ، وإنما يتعلق بقيام الشرط فيه بعد تفسيره ، كما إذا وقع على أولاد ولده وأثبت شخص أنه من أولاد البنات وقضى بدخوله ، فإنه لا يستحق شيئاً من غلة السنين الماضية المستهلكة لأن القضاء يكون مثبتاً أنه من الموقوف عليهم لا مظهراً لوجود شبهة الاختصار في شرط الواقف ، فإن كانت الغلة موجودة استحق فيها نصيبه وإلا فلا » (نقض ١١ مارس سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٦ ص ١٢٦) . ويبدو أن محكمة النقض هنا جعلت العبرة في استرداد الغلة الماضية بكون الحكم مظهراً لا مثبتاً . والأول الوقوف عند نية من استولى على الغلة ، فإن كان سيء النية فإنه يرد ما استولى عليه ، وأما إذا كان حسن النية فإنه لا يرد شيئاً من الغلة .

أنظر أيضاً في هذه المسألة محكمة استئناف مصر في ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٤/١٤٠ ص ٣٤٠ — وفي ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٨٣ ص ٥٤٦ . ومحكمة الإسكندرية الابتدائية الوطنية في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١٩ .

(١) هذا وتقدير ما إذا كان المدفوع له حسن النية أو سيئها مسألة واقع لرقابة لمحكمة النقض عليها . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بما يأتي : « تعتبر مسألة حسن نية واضع اليد على الثمار مسألة موضوعية لمحكمة الموضوع الحق المطلق في تقديرها ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فيها . فإذا قضت المحكمة بإعفاء المشتري من ريع الأرض التي اشتراها إلى تاريخ رفع دعوى الاستحقاق عليه بناء على أنه كان حسن النية إلى ذلك التاريخ فلا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك » (نقض ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٤ ص ١٣) . وقضت أيضاً بما يأتي : « إن تعرف حقيقة نية واضع اليد عند البحث في تملك غلة العين الموجودة تحت يده هو مما يتعلق بموضوع الدعوى . فمن سلطة محكمة الموضوع وحدها تقديره ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك متى كان قضاؤها مبنياً على مقدمات من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها . فإذا كان الحكم قد أسس انتفاء حسن النية لدى واضع اليد (وزارة الأوقاف) على علمها بمجزع الوقف جميعاً وعلى ما كان منها من الاكتفاء بقول موظف لديها في شأن هذه المجزعة وعلى وضع بدعها على الوقف المتنازع عليه واستغلالها إياه بصفتها ناطقة دون أن تستصدر بهذه النظارة حكماً من جهة القضاء ، فلا سبيل للجدل في هذا التقدير لدى محكمة النقض » (نقض ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠ ص ٤٦) .

فثبت أن المدفوع له حسن النية فإنه يملك الثمار بقضها إلى يوم رفع الدعوى . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية في هذا المعنى بما يأتي : « لا يلزم واضع اليد برد ثمرة العين إذا كان حسن النية إلى أن ترفع عليه الدعوى ، ويلزم بالثمرة من تاريخ رفع الدعوى لا بواقع ما =

وأما المصروفات التي قد يكون المدفوع له أنفقها على العين ، فهذه نرى

== ١٩٢٢ سنة ١٩٢٢ (استئناف ٩ مايو سنة ١٩٢٢
المحكمة ٣ رقم ٢/١١ ص ٢٧) - وانظر أيضاً في هذا المعنى استئناف ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٢
الحقوق ١٨ ص ١٧٩ - المجموعة الرسمية ٤ رقم ١/٧١ ص ١٦٥ - وفي ٢١ فبراير سنة
١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٧٠ ص ١٣٠ - وفي ٢٧ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢
رقم ٧٩ ص ٨٣ - وفي ٢٣ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢ رقم ٤ ص ٧٠ - المحاماة ٢
رقم ٨١ ص ٢٥٨ - وفي ٢٤ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١/٤٧٧ ص ٧٨٤ - وفي
١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢/١٣١ ص ١٧٨ : وقد قضى هذا المحكم الأخير
بأن وضع يد الورثة على العقار الموقوف باعتقاد أنه مملوك لمورثهم يمنع من مطالبتهم بالرغم عن
المدة السابقة على تسكينهم - وانظر أيضاً محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢٥ يونيو سنة
١٨٩٥ الحقوق ٩ ص ١٨٩ - محكمة طنطا في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩١٣ الحقوق ٢٩ ص ١٣٢
- محكمة مصر الكلية الوطنية في ٩ ديسمبر سنة ١٩١٥ الحقوق ٣١ ص ٢٧٨ . وقد
قضت محكمة طنطا بأنه « إذا دلت ظروف الدعوى على وجود التسامح العائلي بين الوالد
وولده والاختلاط في المعاش والأرزاق كان الوالد حسن النية في وضع يده على أملك ابنه وأخذ
غلتها ، ولا يخاف منه رد ما أخذه ، وإنما يتبدى اعتباره سيء النية وطعنا بالرد من وقت أن
رفع ولده دعوى ضده يطالبه فيها بالملكية والتسليم » (طنطا ٤ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣
رقم ٤١٩ ص ٥١٤) .

ومن يوم رفع الدعوى يعتبر المدفوع له سيء النية ويجب عليه رد الثمار ، والقرينة هنا
قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس ، فلا يجوز له إثبات حسن نيته بعد رفع الدعوى . وقد
قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن « مجرد الإنذار لواقع اليد من المالك الحقيقي بتسليم العقار
الذي تحت يده لا يكفي في اعتباره سيء النية ، بل يجب على من يدعى سوء النية أن يقدم
الدليل على أن ما قام به من الإنذار لحصه كان كافياً لتغيير حاله النفسية واعتقاده عدم أحقية
في وضع يده - ولكن يترتب على رفع الدعوى بالمطالبة بالملكية التزام واضع اليد برد الربح
من تاريخ المقاضاة من غير أن يكون ثمة محل للبحث في حسن أو سوء نية واضع اليد المترتب
على رفع الدعوى » (استئناف ٢٤ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣/٤٧٧ ص ٧٨٤ -
انظر أيضاً استئناف ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/٣٧ ص ٧٩) -
وقضت محكمة استئناف مصر أيضاً في هذا المعنى بأنه « من المبادئ المقررة قانوناً أن حسن
النية عند واضع اليد يزول بمجرد علمه باليأس الذي يلحق بوضع يده ، وأن هذا العيب يعتبر
موجوداً ، وواضع اليد عالماً به من يوم رفع الدعوى عليه . فإذا كانت دعوى الملكية من
شأنها أن تنبه واضع اليد على أن العيب الذي يلحق بوضع يده ليس قاصراً على الجزء المرفوعة
به الدعوى بل إن العيب شامل لجميع العين الواضع يده عليها ، كما إذا رفعت الدعوى عليه من
أحد الورثة مطالباً بالجزء الذي يخصه ، فلا يمكن تخصيص العيب بذلك الجزء في حين أن الحق
واحد ودليل الملكية هو بالنسبة لباقي الأجزاء التي تخص بقية الورثة . وعلم واضع اليد
بالعيب الذي يلحق بوضع يده من شأنه أن يزيل حسن نيته ويجعله مشغولاً عن عمرة العين كلها
من تاريخ هذا العلم » (استئناف ٢٥ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١١٩ =

حكمها صريحاً في المادة ٩٨٠ التي تقرر القاعدة العامة في هذه المسألة ، وهي تنص على ما يأتي : ١ - على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفق من المصروفات الضرورية .

٢ - أما المصروفات النافعة فيسرى في شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ .

٣ - فإذا كانت المصروفات كإثبات فليس للحائز أن يطالب بشيء منها ،

(س ٢٢٨) . انظر أيضاً استئناف مصر ٩ يولية سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦٧ ص ٥٦٣ .

وقضت أيضاً محكمة استئناف مصر بأنه وليس من الضروري لشئلية واضح اليد على عقار بحسن نية عن الفلحة من وقت رفع الدعوى عليه أن يصبح سء النية بعد رفع الدعوى ، بل يكفي لذلك أن يظهر فيما بعد بمقتضى حكم نهائي أن منازعه يملك الأرض من قبل أن يتملكها البائع له لأن هذا الحكم مقرر للحق لا منتهى له ، وله أثر رجعي ينسحب فيما يتعلق بالبيع إلى وقت رفع الدعوى . ولكل من كان واضحاً يده بحسن نية على عقار حق الاستيلاء على ريعه ، وإنما يلزم واضح اليد في جميع الأحوال برد الربيع من يوم رفع الدعوى باستحقاق العقار عليه إذا حكم عليه فيها ، وذلك لأن حقوق التفاضلين تعتبر معلقة وموقوفة في مجرمة التفاضل (استئناف مصر ١٢ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٨٠ س ٢١٥) . وانظر أيضاً استئناف مصر في ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٥٥ س ٥١٨ - وفي ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٨٧ س ١١٥٦ .

على أن القضاء المصري في ظل القانون القديم لا يخلو من بعض التردد في تقرير المبدأ القاضي بأن التمار ترد من يوم رفع الدعوى . فقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٢ أبريل سنة ١٩٢٨ (المحاماة ٨ رقم ٥٥٣ س ٩١٥) بأنه ومن المتفق عليه علماً وعملاً أن مسألة حسن النية وسوئها في وضع اليد من المسائل الموضوعية التي ترتبط بظروف الدعوى ووقائعها ، وإذا ثبت حسن نية المحص في وضع يده فلا تزول هذه الصفة بمجرد رفع الدعوى عليه بيطلان عقده ، وإنما تزول من يوم صدور حكم نهائي بذلك في موضوع الدعوى . وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٩ (المحاماة ٢٠ رقم ٢٢٦ س ٦٣٦) بأنه وإن كانت أغلب أحكام القضاء قد سارت على اعتبار أن سوء نية واضح اليد يبدأ من تاريخ رفع الدعوى إلا أنه من المتفق عليه أن مسألة حسن النية وسوئها في وضع اليد من المسائل الموضوعية التي ترتبط بظروف الدعوى ووقائعها ، وليس ضرورياً أن تزول هذه الصفة بمجرد رفع الدعوى .

وغنى عن البيان أن القانون المدني الجديد (م ١٨٥ فقرة ٣) قطع كل شك في هذه المسألة بأن أقام فترة قانونية لا تقبل لإثبات العكس على سوء نية من تسلم غير المستحق من يوم رفع الدعوى . ويمكن القول أيضاً مع محكمة أسبوط (٢٦ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤/٢٢٤ س ٦٧٢) إن سوء نية واضح اليد الثابت بصدور حكم نهائي إنما يستند إلى يوم رفع الدعوى لأن الأحكام مقررة للحقوق لا منتهى لها .

ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى إلا إذا اختار المالك أن يستبقها بمقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة. ونرى من ذلك أن المدفوع له إذا كان أنفق على العين مصروفات ضرورية فإنه يستردها كلها من الدافع. وإذا كانت المصروفات نافعة - والمفروض أنه حسن النية - خير الدافع بين أن يدفع ما أنفق المدفوع له من المصروفات أو أن يدفع مبلغاً يساوي ما زاد في قيمة العين بسبب هذه المصروفات (١)، هذا ما لم يطلب المدفوع له نزع ما استحدثه (م ٩٢٥). وإذا كانت المصروفات كإلية، فليس للمدفع له أن يرجع على الدافع بشيء في شأنها، ولكن له أن ينزع ما استحدثه على أن يعيد العين إلى حالتها الأولى وفي هذه الصورة يجوز للدافع أن يطلب استبقاء ما استحدثه المدفوع له مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة (٢).

٨٣٩ - حادثة هلاك العين أو تلفها أو ضاعها : وننتقل الآن إلى حالهما إذا كانت العين قد هلكت أو تلفت أو ضاعت في يد المدفوع له. تنص المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدي - وقد حذفت عند المراجعة - على ما يأتي: « فإذا ضاع هذا الشيء أو تلف بسبب أجنبي التزم برد قيمته وقت الضياع أو التلف إذا كان قد تسلمه وهو سئء النية، وذلك دون إخلال بحق من سلم هذا الشيء في استرداده ولو تالفاً مع التعويض عن نقص قيمته بسبب التلف. وتنص المادة ٩٨٣، وهي التي تقرر القاعدة العامة في هذه المسألة، على ما يأتي: « ١ - إذا كان الحائر حسن النية وانقطع بالشيء وفقاً لما يحسبه من حقه، فلا يكون مسئولاً قبل من هو مازم برد الشيء إليه عن أى تعويض

(١) وهذا الحكم هو تطبيق محض لدعوى الإبراء، فإن الدافع، وهو المئزى، برد أقل قبيح الإبراء والافتقار للمدفع له، وهو المفقتر. وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

(٢) هذا وقد منح القانون المدني الجديد للدافع الذى يلتزم برد المصروفات للمدفع له تسهيلات خاصة في الدفع. فصمت المادة ٩٨٢ على أنه « يجوز للقاضي بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المتضمن عليها في المادتين السابقتين. وله أن يخفى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة. وللمالك أن يتخلل من هذا الالتزام إذا هو عاجل مبلغاً يوازي قيمة هذه الأقساط محصوراً منها فواتدها بالسر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها ».

بسبب هذا الانتفاع . ٢ - ولا يكون الحائز مسئولاً عما يصيب الشيء من هلاك أو تلف إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف .

ويتبين من مفهوم المخالفة في المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى ومن صريح النص في المادة ٩٨٣ أن المدفوع له إذا كان حسن النية لا يكون مسئولاً عن هلاك العين أو تلفها أو ضياعها إلا إذا كان ذلك قد وقع بخطأ منه وعلى الدافع إثبات هذا الخطأ . أما إذا كان قد انتفع بالعين الانتفاع العادى - وفقاً لما يحسبه من حقه - وهلكت العين أو تلفت أو ضاعت ، فلا يكون مسئولاً إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف أو الضياع ، كما إذا انتفع بأقراض منزل في بناء منزل آخر ، أو حول سيارة ركوب إلى سيارة نقل للبضائع ، أو ذبح ماشية وانتفع بلحمها (١) . وللدافع في جميع الأحوال أن يسترد الشيء التالف في الصورة التي آلت إليها بعد التلف ، دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف ما دام هذا التلف لم يقع بخطأ المدفوع له كما مر بنا .

٨٤٠ - التفرج العين من يد المدفوع له إلى يد أخرى : أما إذا كانت

العين قد خرجت من يد المدفوع له ، إلى يد أخرى ، فقد نصت المادة ٢٥٧ من المشروع التمهيدى - وهذه حذفت أيضاً عند المراجعة - على ما يأتى :
« ١ - من تسلم وهو حسن النية الشيء المعين بالذات وتصرف فيه بعوض قبل أن يعلم أنه ملزم برده ، وجب عليه أن يرد ما قبضه من عوض أو أن يحول حقه في المطالبة بهذا العوض . ٢ - فإذا كان قد تصرف بغير عوض فلا يلتزم أن يرد شيئاً ، ولكن يلتزم من صدر له هذا التبرع بتعويض لا يجاوز قيمة ما أثرى به قبل من سلم الشيء غير المستحق » . وإذا أغفلنا

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه « لا يجوز الحكم بالرد على من أخذ شيئاً بنية سليمة ومن غير سبب صحيح إلا إذا حصل له إضرار . فلا وقت رفع الدعوى ، ولا يحكم بالرد إلا بمقدار قيمة هذا الإضرار بصرف النظر عن قيمة ما لحق المدعى من الضرر ، فإذا فقد الشيء بغير خطأ المدعى عليه الحسن النية وقت رفع الدعوى لم يكن هناك إضرار ولم يكن هناك موجب للرد » (استئناف مصر ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٤٠/٣ من ٣٤٠ - الحمادة ٩ رقم ٥٣٥ من ٩٨٩) .

من هذا النص العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية لم يكن النص فيما بقي منه إلا تطبيقاً للقواعد العامة . ويتبين من ذلك أن المدفوع له حسن النية إذا تصرف في العين معاوضة لم يكن مسئولاً قبل الدافع إلا بقدر ما أخذ من عوض . فيرد للدافع ما قبض من ذلك أو يحول له حقه في المطالبة به (١) . وإذا تصرف في العين تبرعاً لم يكن مسئولاً عن شيء قبل الدافع .

هذا في العلاقة ما بين الدافع والمدفوع له . أما في العلاقة ما بين الدافع والغير الذي انتقلت إليه العين . فالأصل أن التصرف الصادر إلى هذا الغير من المدفوع له ، سواء كان معاوضة أو تبرعاً ، هو نصرف من غير مالك . فلا يسرى في حق المالك - أي الدافع - ويستطيع هذا أن يسترد العين باعتباره مالئاً وبدعوى عينية هي دعوى الاستحقاق . هذا ما لم يكن الغير قد كسب ملكية العين بسبب آخر ، كالقتراد في العقار أو الحيازة بحسن نية في المنقول . فإذا كسب الغير ملكية العين وكان قد دفع عنها عوضاً ، فلا يرجع الدافع عليه بشيء لأنه سيأخذ هذا العوض من المدفوع له كما قدمنا . أما إذا كان الغير لم يدفع عوضاً بل تلقى العين تبرعاً . فإن الدافع هنا أيضاً لا يرجع بشيء على الغير لأن هذا قد أثرى بسبب وهو عقد التبرع . وقد مر ذكر ذلك . ولا محل لتطبيق العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٢٥٧ من المشروع التمهيدى ، إذ هي إنما أجازت رجوع الدافع على الغير بقدر ما أثرى تمسكاً مع الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ من المشروع التمهيدى التي كانت تنص على أنه «إذا تبرع المثرى بما أثرى به كان من صدر له التبرع مسئولاً أيضاً عن التعويض ولكن بقدر ما أثرى» . وقد بينا أن هذا الحكم على عدالته فيه خروج على القواعد العامة . ولما كان كل من هذين النصين قد حذف من المشروع التمهيدى . فلا محل لتطبيق ما قضى به من حكم لا يتفق مع هذه القواعد . ونستخلص من ذلك ، في العلاقة ما بين الدافع والغير . أن الدافع يسترد العين

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن «الأثر القانونى المترتب على الحكم بقول دعاوى الاسترداد هو أن المحكوم عليه الحسن النية لا يكون ملزماً إلا برد الزيادة التي حصلت في ماله ، فلا يرد إلا ما حكم عليه برده إن كان قائماً ولم يهلك بمجاذت قهرى ، أو ثمة أدى قبضه فعلاً في حالة ما إذا كان قد تصرف فيه بحسن نية ، كل ذلك من غير مطالبته بتعويض ما» (استئناف مصر ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الجمعية الرسمية ٢٩ رقم ٢/٣٧ ص ٧٩) . انظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م - ص ١٩٦ .

من الغير بدعوى الاستحقاق إلا إذا كسب الغير ملكية العين بسبب كالنقادم أو الحيازة ، فلا يرجع الدافع عليه شيء في هذه الحالة ، سواء في ذلك تلقى الغير العين معاوضة أو تلقاها تبرعاً (١) .

٢٨ - المدفوع له سبب النية

٨٤١- إذا أثبت الدافع أن المدفوع له سبب النية، وأنه كان يعلم وقت تسلمه الشيء أو بعد ذلك أن الشيء غير مستحق له ، وجب التمييز هنا أيضاً بين ما إذا كان المدفوع نقوداً أو أشياء مثلية أو كان عيناً معينة بالذات .
١- المدفوع نقوداً أو أشياء مثلية :

٨٤٢- يرد المدفوع له مقدار النقد الذي تسلمه، ويعوض عن تعبير سعر النقد لأنه سبب النية . وإذا كان المدفوع أشياء مثلية ، ردها بالقدر الذي أخذ على النحو الذي بيناه في حالة ما إذا كان المدفوع له حسن النية . أما الثمرات والفوائد فيلزم بها المدفوع له سبب النية . وفي هذا تقول الفقرة الثانية من المادة ١٨٥ : « أما إذا كان سبب النية فإنه يلزم أن يرد أيضاً الفوائد والأرباح التي جناها، أو التي قصر في جنبها، من الشيء الذي تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سبب النية (٢) » .

(١) سنورد في مكان آخر ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذه النصوص المحذوفة .

(٢) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « أما سبب النية فيلزم على تقييد ذلك برد الفوائد أو الأرباح التي حصل عليها أو كان بوسعه أن يحصل عليها من الشيء من وقت القبض أو من الوقت الذي أصبح فيه سبب النية . وهذا أيضاً تطبيق للقواعد العامة لأن الحائز سبب النية لا يكون له حق في الثمرات . ويراعى في الحالة الأخيرة أنه إذا كان الشيء المبرور مبلغاً من النقود فيلزم من قبضه برد الفوائد محسوبة على أساس السعر المقرر في القانون حتى قبل رفع الدعوى . وهذه حالة من حالات الاستثناء النادرة التي ترد على قاعدة عدم استحقاق الفوائد القانونية إلا من تاريخ رفع الدعوى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٠) . أنظر استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٢٧ - وفي ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٦٣ - وفي ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١١ .

وتطبيقاً لرد الفوائد عن النقود التي أخذت بغير حق ، قضت محكمة النقض بأنه « لا مخالفة للقانون في القضاء بإلزام المقرض بالربا العاشر فوائد المبالغ المحكوم عليه بردها محسوبة من =

ب - المدفوع عين معينة بالذات :

٨٤٣ - رد العين والثمار واسترداد المصروفات : يلتزم المدفوع له سبيء النية برد العين للدافع ما دامت قائمة (المادة ٢٥٥ المخلوقة من المشروع التمهيدى) . ويلتزم أيضاً برد الثمار التى قبضها فعلاً أو التى قصر فى قبضها (١) . وقد رأينا أن المادة ٩٧٩ تقضى فى هذا الصدد بأن «يكون الحائز سبيء النية مسئولاً من وقت أن يصبح سبيء النية عن جميع الثمار التى يقبضها وإلى قصر فى قبضها ، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقته فى إنتاج هذه الثمار (٢)» . وأما المصروفات فإن كانت ضرورية استرددها كلها (م ٩٨٠ فقرة أولى) . وإن كانت نافعة كان للدافع أن يطلب إزالة ما استحدث أو استبقاه مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما راد فى قيمة العين بسبب هذه المصروفات (م ٩٨٠ فقرة ٢ وم ٩٢٤) . وإن كانت كمالية فلا يرجع بشيء على الدافع ، ولكن له أن ينزع ما استحدث على أن يعيد العين إلى حالتها الأولى ، إلا إذا اختار الدافع أن يستقيه مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة (م ٩٨٠ فقرة ٣) (٣) .

= تاريخ قبضها (حتى ٩ مايو سنة ١٩٤٠ بموجبه عمر ٣ رقم ٥٨ من ١٩٢) . أما محكمة الاستئناف المختلطة فكانت لا تقضى فى مبدأ الأمر برد الفوائد الربوية ، ثم قضت بذلك ، وترددت ، حتى استقرت على الإزالة (أنظر استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٤١ : ويلخص الحكم تطور القضاء المختلط فى هذه المسألة) . (١) استئناف مختلط فى ٢٧ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١١٣ . (٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن «من اشترى عقاراً فأخرج منه واضع اليد عليه ، فله إن كان واضع اليد سبيء النية أن يطالبه بتمارهذا العقار لا من تاريخ تسجيل عقد البيع فقط بل من تاريخ القصد منه» (استئناف ٣ فبراير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٨٤ ص ١٩١) . وقضت بأنه «فى حالة وضع يد بعض الورثة على التركة ومنهم أحد الورثة من استلام نصيبه يلزم الورثة واضعو اليد جميعاً بالرجوع للوارث الذى حرم من وضع يده ، ولؤلؤ الورثة تقسيم المسؤولية فيما بينهم إن شاءوا بنية ما انتفع به كل منهم من الأعيان» (استئناف ٥ نوفمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٣٢٢ ص ١٨١) . وقضت بأن «الشخص الذى يضم يده على أعيان باعتباره مالكا يقتضى عقد صدر له من المورث أضيف فيه التملك والتصرف إلى ما بعد الوفاة واعتبر ودية باطلة لصودورها للوارث يكون مشولاً عن الربيع لأن نيته لم تكن حسنة فيما استهلك منه» (استئناف ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣١٥ ص ٥٢٠) . (٣) وقد سبق أن أشرنا إلى التسهيلات التى منحها القانون المدنى الجديد للدافع الذى يلتزم برد المصروفات للدفع له (م ٩٨٢) .

٨٤٤- ماله هلاك العين أو تلفها أضراراً: وإذا هلكت العين أو تلفت أو ضاعت في يد المدفوع له شيء النية ، التزم برده فبسته وتنت هلاك أو التلف أو التبرع ، وذلك دون إسقاط بحق الدافع في استرداد العين تالفة مع التعويض عن التلف (م ٢٥٦) مخدوفة من المشروع التمهيدى). وقد قضت المادة ٩٨٤ التى تقرر القاعدة العامة فى هذه المسألة بالحكم الآتى: «إذا كان الحائز شيء النية فإنه يكون مسئولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً فى يد من يستحقه». ويتبين من ذلك أن المدفوع له شيء النية يكون مسئولاً عن هلاك العين ولو كان الهلاك بقرّة قاهرة ، ولا يعفيه من المسؤولية إلا أن يثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً فى يد الدافع (١) . وهذا بخلاف المدفوع له حسن النية ، فهو لا يسأل كما رأينا عن هلاك العين إلا إذا وقع الهلاك بخطئه . وعلى الدافع أن يثبت هذا الخطأ .

٨٤٥- ماله مشروع العين من يد المدفوع له إلى يد أخرى : وإذا خرجت العين من يد المدفوع له شيء النية ، فقد نصت المادة ٢٥٨ المخدوفة من المشروع التمهيدى على ما يأتى : «١ - من تسلم ولو بحسن نية الشيء المعين بالذات وتصرف فيه بعوض بعد أن علم أنه ملتزم برده وجب عليه أن يرده عيناً أو أن يرد قيمته وقت رفع الدعوى ، على أنه يجوز لمن سلم هذا الشيء أن يطالب من تصرف فيه بما قبضه من عوض أو بأن يحل محله فى دعوى المطالبة بهذا العوض . ٢ - فإذا كان من تسلم الشيء قد تصرف فيه بغير عوض ولم يقم برده عيناً ، التزم من صدر له هذا التبرع بتعويض لا يتجاوز قيمة ما أئثرى به قبل من سلم الشيء غير المستحق » . والفقرة الثانية من هذا النص لا تتفق مع القواعد العامة كما قدمنا ، فيجب إغفالها ما دامت قد حذفت من المشروع التمهيدى . وتبقى الفقرة الأولى وهى تطبيق للقواعد العامة . ويتبين منها أن المدفوع له شيء النية إذا تصرف فى العين معاوضة كان ملزماً

(١) قارن مسؤولية السارق ، فإن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت ، حتى لو ثبت أن الشيء كان يهلك لوقوعه فى يد مالكه ، فإن قيمة الهلاك تقع على السارق فى جميع الأحوال (م ٢٠٧ فقرة ٣) .

قبل الدافع برد العين إليه . ويتم ذلك بالتزاعها من الغير الذى تصرف له . فإن عجز عن ذلك ، كان الدافع خيراً بين قيمة العين (١) والعوض الذى أعطى فيها . أما إذا تصرف المدفوع له تبرعاً فلا يبنى ثم الدافع إلا استرداد العين ذاتها إذا كان ذلك ممكناً أو الرجوع بقيمتها على المدفوع له .

وفي العلاقة ما بين الدافع والغير الذى انتقلت إليه العين لا يختلف الحكم عما قررناه في صدد المدفوع له حسن النية إذا انتقلت العين من يده إلى يد أخرى معاوضة أو تبرعاً . ذلك أن الغير في علاقته بالدافع لا يتأثر بنية المدفوع له ، حسنة كانت هذه النية أو سيئة (٢) .

(١) النص المحذوف من المشروع التهديد بعمل العبرة في تحديد قيمة العين يوقت رفع الدعوى ، ولكن لما كانت القواعد العامة هي التي يجب تطبيقها عند حذف هذا النص ، فإن هذه القواعد تنقض بتحديد قيمة العين وقت التصرف فيها .

(٢) وانتقل هنا - بعد أن فرغنا من الكلام في النصوص المحذوفة من المشروع التمهيدى - ما ورد في المذكرة الإيضاحية في صدد هذه النصوص : « تتناول هذه النصوص ثلاثة حالات خاصة لها أهمية بالغة في الحياة العملية ، حيث يكون الشيء الذى قبض بغير حق مبيعاً بالذات . فإذا بقي الشيء في يد من قبضه وجب عليه أن يرده . إما إلى من سلمه ، ويكون ذلك يقتضى التزام شخصي ، وإما إلى مالكه إذا طالب باستحقاقه له . - فإذا ضاع هذا الشيء أو تلف بسبب أجنبي ، فيجب التفريق بين حالة من تسلم بحسن نية وحالة من تسلم وهو سىء النية . ففي الحالة الأولى يتحمل مالك الشيء ثبوت الضياع أو التلف ، ولا يلزم حسن النية برد شيء ما ، وفقاً للقواعد العامة . وفي الحالة الثانية يكون من تسلم الشيء قد ارتكب خطأ ما دام قد سلمه وهو سىء النية ، فهو يتحمل ثبوت هذا الخطأ ولو كان التلف أو الضياع بخلاف حيزي ، ولذلك يلزم برد قيمة الشيء وقت ضياعه أو تلفه ، أى في آخر وقت كان يتعين عليه الرد فيه . على أن لمن سلم الشيء ، في حالة التلف ، أن يطالب بالشيء التالف مع التعويض عن نقص قيمته . وغنى عن البيان أنه إذا تسبب الضياع أو التلف خطأ شخص معين ، كان من وقع منه هذا الخطأ مسئولاً عنه . فإذا خرج الشيء من يده من تسلمه على أثر التصرف فيه بموسم فيجب التفريق كذلك بين التصرف بحسن نية وبين التصرف بسوء نية . وبراعى أن من يتسلم الشيء وهو حسن النية قد يصبح سىء النية وقت التصرف ، ولا عكس . ففى نية عند التسلم لا يصبح حسن النية وقت التصرف على أى حال . فإذا وقع التصرف بحسن نية ، وكان من قبيل المعاوضة ، فلن تسلم الشيء أن يرجع (١) على من تسلمه منه ، ويتعين على هذا الأخير رد العوض الذى قبضه أو تحويل حقه فيه ، ولا يلزم برد الشيء عيناً كما هو الشأن في حالة التصرف بسوء نية (ب) وله أن يرجع على المتصرف له ، فهو لا يكسب ملكية الشيء ، يقتضى تعاقد مع من تسلم هذا الشيء ، لأنه تعامل مع غير مالك . فيجوز لمن سلم شيء أن يطالب باستحقاقه له ، ما لم يكن المتصرف له قد كسب حق الملك فيه بالتعاقد أو بالحيازة إن كان من -

٣٨ - حالتان ذواتا أحكام خاصة

٨٤٦ - الوفاء بدين مؤجل الرضاء منس الاهلية : هناك حالتان في دفع غير المستحق لها أحكام خاصة : (١) حالة الوفاء بالدين المؤجل قبل حلول الأجل (٢) حالة الوفاء لناقص الأهلية (١) .

٨٤٧ - (١) الوفاء بالدين المؤجل قبل حلول الأجل : قدمنا أن المادة ١٨٣ من القانون المدني الجديد نصت على ما يأتي : « ١ - يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل . ٢ - على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر . فإذا

=المقولات. ولا يخل ذلك بما يكون للتصرف له من حق في الرجوع بالضمان على من تعاقد معه، وهو من سلم الشيء وأدلى إليه به . فإذا كان التصرف من قبيل التبرعات ، فلمن سلم الشيء أن يسترده من يد التصرف له ، وله كذلك أن يطالبه بقيمة ما أتى به إن تم له كسب ملكية الشيء من طريق التقادم أو الحيازة باعتبار أن دفع الضرر مقدم على جلب النفعة (أنظر الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ من المشروع — ونستدرك هنا على المذكرة الإيضاحية أن هذا الحكم

لا يسرى لأن النص عليه قد حذف وهو لا يتفق مع القواعد العامة) . أما إذا كان التصرف من قبيل المعاوضات ووقع بسوء نية ، فلمن سلم الشيء أن يرجع على من تسلمه منه وعلى للتصرف له كما هو الشأن في الفرض الذي تقدمت الإشارة إليه ، مع فارق يتمثل فيما يتصل بحق الرجوع من رخص الخيار . ذلك أن من سلم الشيء يكون في هذه الحالة بالخيار بين إلزام التصرف بأن يؤدي ما قبض من عوض ، أو إلزامه بأن يحل محله في دعوى المطالبة بهذا العوض . هذا فضلاً عن حقه الأصل في إلزامه برد الشيء عيناً أو رد قيمته وقت رفع الدعوى لا وقت الضياع لأن الشيء لا يزال قائماً (كذا) . وإن كان التصرف تبرعاً جاز لمن سلم الشيء أن يرجع على من تسلمه منه، وله أن يلزمه برد الشيء بعينه أو برد قيمته وقت رفع الدعوى دون رد العوض ، إذ المفروض أن التصرف وقع بغير مقابل . وله كذلك أن يسترد الشيء من يد التصرف له ، فإذا كان هذا قد كسب حق الملك عليه بالتقادم أو بالحيازة أو لم تبسر لمن تسلمه أن يرد قيمته التزم قبيل من سلم الشيء بتعويض لا مجاوز قيمة ما أتى به كما هو الشأن في الفرض السابق (عين الاستدراك المتقدم) « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٨ - ص ٤٥٩) .

(١) وكان القانون المدني القديم يضيف حالة ثالثة هي حالة الوفاء بالتزام مخالف لآداب فلا يسترد ما دفع في بعض الأحوال . ولكن القانون الجديد أغفل هذه الحالة كما بينا عند الكلام في بطلان العقد (أنظر آخراً فقرة ٣٣٨) .

كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقوداً التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها النانوي أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل» (١) . ولا مقابل لهذا النص فى القانون المدنى القديم . فالحكم مستحدث .

والمفروض أن المدين وفى الدين المؤجل قبل حلول أجله وهو جاهل قيام الأجل أو وهو مكروه على ذلك . لأنه لو وفى الدين المؤجل وهو عالم بقيام الأجل غير مكروه على الوفاء لحمل ذلك منه على أنه نزول عن الأجل . فلا يرجع بشىء على الدائن . والأصل أن المدين إذا وفى الدين قبل حلول أجله على الوجه الذى بيناه كان له أن يسترد ما دفع بدعوى غير المستحق . ثم يوفى الدين عند حلول الأجل . ولكن يجوز للدائن—بدلاً من أن يرد الدين

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٥٢ من المشروع التمهيدي مع خلافت لفظية طفيفة ومع إغفال عبارة « وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل » فى آخر الفقرة الأولى . وفى لجنة المراجعة اقترح إدخال التعديلات اللفظية فأقرتها اللجنة وأصبح رقم المادة ١٨٨ فى المشروع النهائى . وفى مجلس النواب ووصى على المادة تحت رقم ١٨٨ . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ نلت المادة ، فأقترح حذفها لما تحدثته من اضطراب فى العلامات على أن تعلق فى الحالات المنصوص عليها فيها المواد السابقة الخاصة بالإثراء بلا سبب . فعارض فى ذلك ممثل الحكومة قائلاً إن حكم الفقرة الثانية من المادة ١٨٦ ينصرف إلى من لا يكون ملزماً بالوفاء أصلاً وإن هذه المادة تتكلم عن شخص ملزم إلا أن أجل الوفاء لم يحل بعد ، وإن الأصل فىمن يقوم بالوفاء بدین قبل حلول أجله أنه يدفع ما ليس مستحقاً عليه من وجه ، فإذا تم الدفع من جراء غلطه أو من جراء ظروف لها حكم الغلط ، فلمن دفع أن يسترد ما أداه على أن يقوم بالوفاء عند حلول الأجل ، وقد أثر المشروع الأخذ بهذا الرأى لسلامة نصه . واقترح أحد الأعضاء استبدال عبارة « إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام » بعبارة « إذا كان التسليم قد تم وفاء للالتزام » فى الفقرة الأولى ، كما اقترح إضافة عبارة « وكان الموفى جاهلاً بقيام الأجل » فى آخر الفقرة . فوافقت اللجنة على ذلك . وجاء فى تقريرها أنها أضافت إلى الفقرة الأولى عبارة « وكان الموفى جاهلاً قيام الأجل » لأن الموفى لو كان عالماً بقيام الأجل وفى رغم علمه هذا حل منه ذلك محل التنازل عن الأجل . وفى مجلس الشيوخ ووفى على المادة كما عدتها اللجنة تحت رقم ١٨٣ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥١—٤٥٤) .

هذا وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى صدد هذا النص ما يأتى : « الأصل فىمن يقوم بالوفاء بدین قبل حلول أجله أنه يدفع ما ليس مستحقاً عليه من وجه . فإذا تم الدفع من جراء غلطه أو من جراء ظروف لها حكم الغلط ، فلمن دفع أن يسترد ما أداه ، على أن يقوم بالوفاء عند حلول الأجل . وقد أثر المشروع الأخذ بهذا الرأى لسلامة نصه ، مقتضياً فى ذلك أثر المشروع الفرنسى الإيطالى ، ولو أن بعض تقنيات أخرى قد أعرضت عنه . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥١ — ٤٥٢) .

ثم يستوفيه ثانية عند حلول أجله - أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود ما لحق المدين من ضرر . وهذا يؤدي من الناحية العملية إلى عين النتيجة الأولى مع اختصار في الإجراءات . وضربت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى مثالا لذلك : مقالول اعتقد خطأ أنه ملزم بتسليم بناء قبل الموعد المقرر بستة أشهر ، وتحمل بسبب ذلك نفقات إضافية ، فيحق له أن يطالب الدائن ، إذا لم يشأ هذا أن يرد البناء الذي تسلمه إلى أن يحل الأجل ، بأقل القيمتين ، قيمة النفقات الإضافية التي تقدمت الإشارة إليها وقيمة إيراد البناء في الشهور الستة (١) . وإذا كان الدين الذي وفى قبل حلول الأجل نقداً ولم يرددها الدائن للمدين على أن تؤدي إليه عند حلول الأجل ، كان للمدين - على ما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٢) - أن يطالب بما يغل الدين من فائدة بحسب السعر المتفق عليه ، أو بحسب السعر المقرر في القانون إذا لم يكن ثمة اتفاق في هذا الشأن ، وذلك عن المدة الباقية لحلول الأجل . فهذه الفائدة هي التي تمثل ما أفاده الدائن من التعجيل في استيفاء حقه في حدود ما أصاب المدين من الضرر من جراء الوفاء قبل حلول الأجل (٣) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٢ .

(٣) هذا ولما كان القانون المدني القديم لم يحز دعوى غير المستحق في الدين الذي وفى قبل حلول أجله (الموجز للدولف فقره ٤٠٢ - الدكتور حشمت أبو ستيت ص ٣٩٦ هامش رقم ١ - أنظر أيضاً المادة ١١٨٦ من القانون المدني الفرنسي - ومع ذلك فإن دى هلتس ٢ ص ٩٣ فقره ١٤٤) ، فإن القانون المدني الجديد يكون قد استحدث هنا حكماً جديداً كما قدمنا . وليس لهذا الحكم الجديد أثر رجعي . فإذا وفى مدين ديناً قبل حلول أجله ، ووقع الوفاء قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فلا يرجع بشيء على الدائن حتى لو كان أجل الدين لا يحل إلا في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو في ميعاد بعد ذلك . أما إذا وقع الوفاء في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو بعد ذلك فالقانون الجديد هو الذي ينطبق ، ويرجع المدين على الدائن بدعوى غير المستحق على النحو الذي بيناه ، حتى لو كان الدين الذي وفى قبل حلول أجله قد نشأ قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . ومن ثم نرى أن العبرة في تطبيق القانون الجديد لا تكون بتاريخ نشوء الدين ولا بتاريخ حلول الأجل ، ولكن بتاريخ الوفاء المعجل ، فإن هذا الوفاء المعجل هو الواقعة التي ترتب عليها التزام المدفوع له برد غير المستحق . فإذا وقع الوفاء المعجل في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو بعد ذلك كان القانون الجديد هو الواجب التطبيق ، وإذا وقع قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فالقانون القديم هو الذي يطبق .

٨٤٨-(٢) الوفاء ناقص الأهلية: تنص المادة ١٨٦ على أنه : « إذا

لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذي أثرى به (١) » .

وإذا كان الدافع تشترط فيه الأهلية . حتى أنه لو دفع وهو غير أهل للوفاء فإنه يسرد ما دفع كما سبق أن بينا ، فإن المدفوع له لا تشترط فيه الأهلية في الأصل ، إذ أن الزامه بالرد لا يقوم على إرادته ، بل هو التزام قوامه قاعدة الإثراء بلا سبب على ما قدمنا . غير أن المدفوع له إذا كان ناقص الأهلية . بأن كان قاصراً أو محجوراً عليه . عومل برعاية أكبر من الرعاية التي يعامل بها كامل الأهلية نظراً لنقص أهليته . فهو لا يلتزم برد ما أخذ إلا في حدود ما انتفع به فعلاً (٢) . وفي هذا رجوع عن خاصية دفع غير المستحق التي تعتبر قيمة الإثراء بمتضاها هي عين قيمة الافتقار ، ويعتبر المدفوع له قد أثرى بذات القيمة التي افتقر بها الدافع على النحو الذي قدمناه . وتكون العبرة في إثراء ناقص الأهلية ، الذي تسلم غير المستحق ، هو ما انتفع به فعلاً لا حكماً .

وينبنى على ذلك أن المدفوع له إذا كان ناقص الأهلية ، وتسلم عيناً معينة بالذات فهلكت العين أو تلفت أو ضاعت بغير خطئه ، لا يكون ملتزماً بشيء قبل الدافع حتى لو كان سيء النية ، لأن ما فقدته دون أن ينتفع به لا يدخل في تقدير إثرائه وفقاً للمبدأ العام في قاعدة الإثراء (٣) . أما إذا

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٥٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا كان من تسلم شيئاً غير مستحق له لا تتوافر فيه أهلية التعاقد ، فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذي أثرى به حتى لو كان سيء النية ، وهذا مع عدم الإخلال بحكم المادة ٢٥٥ » . وفى لجنة المراجعة اقترح حذف العبارة الأخيرة لعدم ضرورتها ، فأقرت اللجنة ذلك وأصبح النص النهائي الذى قمته اللجنة تحت رقم ١٩١ على الوجه الآتى : « إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذى أثرى به » . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٩١ . ووافقت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ على المادة دون تعديل وأصبح فيها ١٨٦ . ثم وافق مجلس الشيوخ على المادة دون تعديل . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦١ - ص ٤٦٢) .

(٢) استئناف مغلط فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٨٠ .

(٣) أما كامل الأهلية فإنه يلتزم برد قيمة الشيء كما رأينا . (قارن بلانيول وريبير وبولانيه ٢ فقرة ١٢٥٤) .

كان الهلاك أو التلف أو الضياع قد وقع بخطئه ، فإنه يلتزم بالتعويض لأن ناقص الأهلية يلتزم بالخطأ .

وينبنى على ذلك أيضاً أنه إذا تبرع المدفوع له وهو ناقص الأهلية بالعين التي تسلمها دون حق ، لم يرجع الدافع عليه بشيء لأنه لم ينتفع بالعين . حتى لو كان سىء النية وقت أن تبرع (١) .

(١) وقد رأينا فيما تقدم أن كامل الأهلية يلتزم برد قيمة الشيء . هذا والدافع هو الذي يقع عليه عبء الإثبات في بيان أن ناقص الأهلية قد أتى وفي تقدير مدى إثرائه ، وذلك وفقاً للبائىء التي قررتها في دعوى الإثراء بلا سبب (أنظر في هذا المني بلانول وريبير وبولانجي ٢ فترة ١٢٥٥) وانظر أيضاً محكمة الاستئناف الوطنية في ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٥ ص ٦٨ — وفي ٥ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٣٤ ص ١٠٥٢ — ويجوز الإثبات بجميع الطرق لأن المطلوب هو إثبات واقعة مادية . ولكن لا يجوز الاستدلال على حصول النفع لناقص الأهلية بالسندات المضاء منه لأنها هي أيضاً باطلة .

وهذا ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في شأن النس الذي نحن بصدده : لا يشترط للالتزام برد ما سلم بغير حق أن يكون المدين أهلاً للتعاقد . ذلك أنه لا يلتزم التزاماً إرادياً ، بل ينشأ التزامه برد ما أدى إليه عن واقعة تسلم ما لم يكن مستحقاً له . ولكن إذا كان من تسلم الشيء غير كامل الأهلية فلا يكون التزامه والتزام كامل الأهلية من حيث المدى بمنزلة سواء . فيجوز أن يلزم كامل الأهلية بتأثيره على قيمة ما أتى به ، وبوجه خاص في حالة ضياع الشيء (م ٢٥٦) وحالة التصرف فيه بسوء نية (م ٢٥٨) . أما ناقص الأهلية فلا يلتزم على التقيض من ذلك إلا بقيمة ما أتى به ولو كان سىء النية ، ولا يلزم بشيء ما إذا فقد ما تسلمه بمحادث فجائى . وهو لا يؤدي كذلك إلا ما قبض من عوض إذا تصرف فيما تسلم بسوء نية دون أن يلزم برد الشيء عيناً أو بأداء قيمته على نحو ما يلزم بذلك كاملاً الأهلية . وتستثنى من حكم القاعدة المتقدمة حالة تسلم ناقص الأهلية لشيء معين بالذات ، فهو يلزم برده عيناً مادام قائماً ولو أنه لم يثر منه باعتبار أنه لم يدخل في ذمته . وهذا هو ما قصد من التحفظ الخامس بالمادة ٢٥١ ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦١ — ص ٤٦٢) .

ويعتبر ناقص الأهلية قد أفاد ما أخذه إذا كان قد وفى به ديناً عليه ، أو اشترى به شيئاً نافعاً ولو قلت قيمة هذا الشيء بعد ذلك أو انصدمت بسبب طبعى ، أو رجم به عقاراً حتى لو هلك العقار بعد ذلك بقرة قاهرة ، أو بقى المال الذي أخذه في يده إلى وقت الرد (استئناف وطنى في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٨ ص ٧٢) . ويعتبر مفيداً ما صرفه القاصر في ضرورياته أو في كآلياته المعقولة التي يحصل عليها أمثاله (استئناف مخطوط في ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ١٠ ص ١٥٠ — وفي أول يونية سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٦٦) . ويعتبر غير مفيد ما بدده ناقص الأهلية في ملاحيه أو في المتامرة أو في شراء أشياء غير مفيدة وغير متناسبة مع حالته الاجتماعية ومقدار ثروته أو في أشياء ضارة كالمواد المخدرة ، أو أضعاف المال عن خرق أو عدم حيلة (أنظر في كل ذلك نظرية القصد للؤلث فترة ٦١٣) .

المطلب الثالث

سقوط دعوى استرداد غير المستحق

٨٤٩- ومبراهة خاصة للسقوط : دعوى استرداد غير المستحق تخضع للقواعد العامة في انقضاءها وفي سقوطها . غير أن لها وجهين للسقوط خاصين بها : أولهما إذا كان المدفوع له حسن النية وبجرد من سند الدين أو من تأميناته أو ترك دعواه تسقط بالتقادم (م ١٨٤) . والوجه الثاني سقوط الدعوى بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد (م ١٨٧) .

١٨ - تجرد المدفوع له حسن النية من سند الدين أو من تأميناته أو تركه دعواه تسقط بالتقادم

٨٥٠- النصوص القانونية: نصت المادة ١٨٤ على أنه « لا محل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن . وهو حسن النية ، قد تجرد عن سند الدين أو مما حصل عليه من التأمينات أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم . ويلتزم المدين الحقيقي في هذه الحالة بتعويض الغير الذي قام بالوفاء (١) » .

وهذا النص أشمل وأوفى من النص الذي كان في القانون القديم مقابلاً له . فقد كانت المادتان ٢٠٩/١٤٨ من القانون القديم تنصان على أنه « لا يكون الرد مستحقاً إذا دفع إنسان دين شخص آخر غلطاً لدائن ذلك الشخص ، وقبضه الدائن المذكور معتقداً صحة الدفع ، وانعدم سند الدين . وإنما يجوز الرجوع بالمدفوع على المدين الحقيقي » . ووجه الشمول في النص الجديد أنه لم يقتصر على حالة انعدام سند الدين ، بل شمل التجرد من سند

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٥٣ من المشروع التمهيدي كما هو . وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ١٨٩ . ووافق مجلس النواب عليه دون تعديل . ثم وافقت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عليه دون تعديل وأصبح رقمه ١٨٤ . ووافق مجلس الشيوخ عليه دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٥٥ - من ٤٥٦) .

الدين بصفة عامة ، وألحق بهذه الحالة ما يعادلها : التجرد من تأمينات الدين وترك الدعوى تسقط بالتقادم (١).

٨٥١- التجرد من سند الحق أو من التأمينات : والمفروض أن غير المدين

دفع الدين للدائن . وكان هذا حسن النية وقت استيفاء حقه ، فأعدم سند الدين ، أو سلمه للدافع ولم يستطع إرجاعه ، أو أغفل المحافظة عليه بأى وجه من الوجوه ، أو تجرد من تأمينات الدين بأن أغفل قيد الرهن ، أو لم يجدد القيد ، أو نزل عن الرهن . أو أبرأ ذمة الكفيل ، أو نحو ذلك . ففى كل هذه الفروض يسقط حق الدافع فى الرجوع على المدفوع له بدعوى غير المستحق ، لأن هذا الحق قد تعارض مع حق آخر لشخص حسن النية هو المدفوع له ، وقد تجرد من سند الدين أو من التأمينات اعتماداً على استيفائه لحقه . فالمدفوع له لم يقصر ، والمقصر هو الدافع إذ دفع الدين غلطاً وغلطه هذا ينطوى على ضرب من التقصير . هذا التعارض بين الحقين هو الذى جعل الغلبة لحق المدفوع له حسن النية ، ورجح كفة غير المقصر على كفة المقصر .

٨٥٢- ترك الدعوى فقط بالتقادم : ويلتحق بذلك أن تكون الدائن قد

ترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم بعد أن اطمأن إلى نفيائه لحقه . فهنا أيضاً يتعارض الحقان ، ويرجح حق الدائن حسن النية ، فلا يجوز للدافع

(١) وكان القضاء المصرى يفسر عبارة « وانعدم سند الدين » التى وردت فى القانون القديم تفسيراً ضيقاً . فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه « إذا دفع المشتري الثمن لدائن مرتين ، ثم استحق المبيع أو أبطل البيع غرجت العين من يده ، كان دفعه الثمن للدائن الرهن قائماً على غير سبب ، وله أن يسترد الثمن الذى دفعه . ولا يمنعه من ذلك أن يكون الدائن قد عمد إلى شطب الرهن بعد أن استوفى حقه ، فإن نص القانون إنما يمنع الاسترداد فى حالة انعدام السند ، أى فى حالة زواله بحيث يصبح مستحيلاً على الدائن أن يثبت حقه . وما لم يشتمل شطب الرهن على الزول صراحة عن الرهن ذاته فإنه لا يفقد الدائن حقه فى الرهن . ولا يزال السند المنشئ للحق باقياً على كل حال يستطيع به الدائن أن يرجع على مدينه (استئناف مختلط ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٢٧) . ومع ذلك فقد توسعت محكمة الاستئناف المختلطة أخيراً فى التفسير فقالت على « انعدام السند » تقادم الدين ، إذ قضت بأنه « فى تطبيق المادة ٢٠٩ من القانون المدنى المختلط المتعلقة باسترداد غير المستحق يقاس على حالة انعدام السند حالة تقادم الدين » (استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٧٢) .

الرجوع عليه ، لأنه إذا رجع واسترد ما دفع ، لم يستطع الدائن الرجوع على المدين الحقيقي لتقادم دعواه ، شأنه في ذلك شأن الدائن الذي نجرد من سند الدين أو من تأميناته (١) .

٨٥٣- رجوع الدافع على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء : وإذا كان

بدافع لا يحق له الرجوع على المدفوع له بدعوى غير المستحق ، فإن الطريق البقي أمامه مفتوحاً للرجوع على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء بلا سبب . فقد دفع له دينه . فأثرى هذا بقدر ما افتقر ذلك . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد ما يأتي : « على أن الغير لا يظل محروماً من حق الرجوع بما أداه . فالمدين الحقيقي وقد قضى دينه بفضل هذا الوفاء يلتزم قبله بالتعويض وفقاً لأحكام الإثراء بلا سبب . وقد ينشئ في حالة سقوط الدين بالتقادم من تواطؤ الدائن مع الغير على تصوير مخالصة يقدم تاريخها للإيهام بحصول الوفاء قبل انقضاء مدة سقوط . وبذلك يكون التحايل قد هياً للغير حق الرجوع على المدين . وبلوح أنه ينبغي أن يكون لمخالصة تاريخ ثابت في مثل هذه الحالة ذراً لمثل هذا التحايل (٢) » .

والفرض الأخير الوارد في المذكرة الإيضاحية يمكن تصويره على النحو الآتي : سقط الدين بالتقادم . فعمد الدائن إلى التواطؤ مع أجنبي أعطاه

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « إذا قام غير المدين بوفاء الدين معتقداً أنه ملزم بأدائه ، فمن حقّه أن يسترد ما أدى وفقاً للقواعد الخاصة بدفع ما لا يستحق ، سواء أكان الدائن حسن النية أم سيئها . ومع ذلك فقد رأى اختصاص الدائن حسن النية بقط من الرعاية ، فأسقط عنه الالتزام بالرد إذا ترتب على استبقائه ما أدى للغير إلحاق ضرر بمحقه ، إما من ناحية الواقع بسبب تجرده من سند الدين أو من التأمينات المخصصة للوفاء به ، وإما من ناحية القانون بسبب سكونته عن مطالبة المدين الحقيقي وتقادم دعواه قبله صريحاً على ذلك . فالحق أن المقارنة بين الغير الذي أدى ديناً لم يكن ملزماً بأدائه وبين الدائن حسن النية وقد تجرد من سند دينه معتقداً صحة الوفاء تنهى دون شك إلى توجيه ما ينبغي لمصالح الأخير من أسباب الحماية والتغليب . وقد أخذ التفنين الحالي (القديم) بهذا الحكم ولو أنه أفرغه في عبارة يوزعها الوضوح ، إذ اقتصر في المادة ٢٠٩/١٤٨ على النص على حماية الدائن حسن النية إذا « انعدم سند الدين » دون أن يتناول بصريح النص حالات هامة كالتقادم وضياح التأمينات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٥) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٥ .

مخالصة بالدين ، وجعل تاريخ المخالصة سابقاً على سقوط الدين بالتقادم فصوره بذلك شخصاً دفع الدين عن المدين قبل تقادمه ، فيستطيع الرجوع إذن على المدين بما دفع ، إذ لم تقادم دعواه المبنية على الإثراء بلا سبب بالرغم من تقادم دعوى المدين . وبفضل هذا التواطؤ يستطيع الدائن أن يحصل بطريق غير مباشر على حق سقط بالتقادم . لذلك وجب أن تكون المخالصة ثابتة التاريخ لجواز الاحتجاج بها على المدين ، فيمتنع التواطؤ ولا يستطيع الدائن أن يقدم تاريخ المخالصة ليقع في وقت لم يكن الدين قد تقادم فيه .

٢٤ - سقوط الدعوى ثلاث سنوات

٨٥٤ - النص القانوني : تنص المادة ١٨٧ على أنه تسقط دعوى استرداد

ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه فى الاسترداد . وتسقط الدعوى كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق (١) .

ويلاحظ أن دعوى غير المستحق - وهى فرع عن دعوى الإثراء بلا سبب وتترتب مثلها على التزام لا ينشأ بإرادة صاحبه - تقادم بعين المدة التى تقادم بها دعوى الإثراء بلا سبب .

٨٥٥ - السقوط بأقصر المدينين : ويتبين من النص أن دعوى غير المستحق

تسقط بأقصر المدينين الآتين :

(١) ثلاث سنوات تسرى من اليوم الذى يعلم فيه الدافع بحقه فى الاسترداد . فلا يبدأ سريان التقادم هنا من يوم قيام الالتزام فى ذمة المدفوع له ، بل من

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦٠ من المشروع التمهيدي مع اختلاف لفظي طفيف . وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ١٩٢ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عليه دون تعديل تحت رقم ١٩٢ . ثم وافقت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ على النص مع حذف كلمة « بالتقادم » وأصبح رقمه ١٨٧ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٣ - س ٤٦٤) . ويلاحظ أن كلمة « بالتقادم » قد حذفت لأنها لا ضرورة لها ، وسقوط دعوى غير المستحق ثلاث سنوات كسقوطها بخمس عشرة سنة إنما يأتى عن طريق التقادم .

اليوم الذي علم فيه الدافع بأنه دفع ديناً غير مستحق عليه . ولما كان الدافع لا يعلم عادة بذلك إلا بعد انقضاء مدة من قيامه بالدفع ، فإن سريان هذا التقادم القصير يبدأ في الغالب متأخراً عن سريان التقادم الطويل الذي سيأتي بيانه . وقد يتفق مبدأ السريان في كل من المدينين إذا كان الدافع لم يدفع عن غلط ، بل دفع مكرهاً أو كان ناقص الأهلية ، فإنه يكون عندئذ عالماً بنقصه في الاسترداد وقت قيام هذا الحق .

(٢) خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام . ويقوم الالتزام من يوم دفع غير المستحق كما سبق أن بينا . وقد يبدو أن هذه المدة أطول بكثير من المدة الأولى . وأن الدعوى تتقادم بالمدة الأولى قبل تقادمها بالمدة الثانية . وهذا صحيح في الكثرة الغالبة من الأحوال . ولكن قد يقع - كما رأينا في دعوى الإثراء - أن الدافع لا يعلم بغلظه إلا بعد مدة طويلة ، إذا فرضناها أكثر من اثني عشرة سنة . فإن الدعوى تتقادم في هذه الحالة بخمس عشرة سنة من وقت قيام الالتزام قبل تقادمها بثلاث سنوات من وقت علم الدافع بحقه في الاسترداد . وهذا ما قدره القانون الجديد فتحوط له كما تحوط في دعوى الإثراء (١) .

(١) وتسقط الدعوى بثلاث سنوات من وقت العلم حتى لو كان المدفوع له شيء النية بل وحتى لو استعمل طرق للنش للاستيلاء على ما أخذ . على أن محكمة النقض قضت في ظل القانون القديم أن الدعوى تسقط بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات (المدة القصيرة في الدعاوى التجارية) متى كان المدفوع له قد استعمل أساليب للنش حتى استخلص لنفسه ما أخذه من الدافع . وهذا هو المبدأ الذي قرره محكمة النقض : « إذا كانت المحكمة قد ارتكبت في قضائها للدعي على المدعي عليه برد ما استلمه بطريق النش على ما حصلته من فهم الواقع في الدعوى والتحقيقات المتعلقة بها من أنه قد استعمل أساليب للنش حتى استخلص لنفسه من الدعي بلا وجه حق ولا سوء البائع الذي أثرت برده ، فإن ذلك كاف وحده لصحة قضائها دون حاجة لبحث وتكييف العلاقة القانونية التي توسل بها الخصم للم التديليس الذي ارتكبه . وإذن فلا يقبل الدفع بقوط هذه الدعوى لخمس سنين على اعتبار أن المعاملة بين الدعي والمدعي عليه إنما كانت تجارية ، لأن النش الذي أثبتت المحكمة وقوعه يهدم كل اعتبار لهذه المعاملة » (قضى ٢٣ مارس سنة ١٩٣٩ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٧٤ من ٥٢٢) .

الفرع الثانى

الفضالة (*)

(Gestion d'affaires)

٨٥٦- نتكلم فى الفضالة على أركانها ثم على أحكامها .

المبحث الأول

أركان الفضالة

٨٥٧- النصوص القانونية : نصت المادة ١٨٨ من القانون المدنى

الجديد على ما يأتى :

«الفضالة هى أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملزماً بذلك (١)» .

ونصت المادة ١٨٩ على ما يأتى :

(*) المراجع : دى هلتنس الجزء الثانى (Gestion d'affaires) - واتون الجزء الثانى - الدكتور عبد السلام ذهني فى الالتزامات - الدكتور محمود هيبه فى الالتزامات - الدكتور محمد صالح فى أصول الشهادات - الموجز فى الالتزامات للمؤلف - الدكتور حشمت أبو سنيت فى نظرية الالتزام - بلانيول وريبير وإسمان الجزء السابع - ديموج الجزء الثالث - بلانيول وريبير وبولانجيه الجزء الثانى - كولان وكايتان الجزء الثانى - جوسران الجزء الثانى - جوبليه (Goublet) رسالة من باريس سنة ١٩٠٤ - فيزيوز (Vizioz) رسالة من بوردوس سنة ١٩١٢ - جيلو (Guillot) رسالة من رن سنة ١٩٢٨ - مارويت (Maruitte) رسالة من كان (Caen) سنة ١٩٣٠ - بيكار (Picard) فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢١ من ٤١٩ وما بعدها ، وسنة ١٩٢٢ من ٥ وما بعدها .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦١ من المشروع التمهيدى . وأقرته لجنة المراجعة بعد أن أبدلت كلمة «ملتزماً» بكلمة «ملزماً» . وأصبح رقمه ١٩٣ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل تحت رقم ١٩٣ . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ رأى سمادة رئيس اللجنة حذف المادة لأنها أوردت تعريف الفضالة وأنه ليس من الحكمة إبراز التعارض فى القانون ، بل الحكمة تقضى بإيراد الأحكام فقط ، ولكن أغلبية اللجنة وافقت على إبقاء المادة وأصبح رقمها ١٨٨ . ووافق مجلس الشيوخ عليها دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٥ - ص ٤٦٦) .

« تتحقق الفضالة ولو كان الفصولى . فى أثناء توليه شأنًا لنفسه . قد تولى شأن غيره . لما بين الشأين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر (١) » .

ونصت المادة ١٩٠ على ما بأتى :

« تسرى قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفصولى (٢) » .
ويقابل هذه النصوص التى اشتمل عليها القانون المدنى الجديد نص واحد فى القانون المدنى القديم هو نص المادة ٢٠٥/١٤٤ . وقد جرت بما بأتى :
« من فعل بالقصد شيئاً ترتب عليه منفعة لشخص آخر . فيستحق على ذلك الشخص مقدار المصاريف التى صرفها والخسارات التى خسرها ، بشرط ألا تتجاوز تلك المصاريف والخسارات قيمة ما آل إلى ذلك الشخص من المنفعة » .

ونص القانون القديم مبهم مضطرب المعنى . فهو ليس صريحاً فى الانصراف إلى الفضالة فى خصوصها ، ولا هو يتمحض لتقرير قاعدة الإثراء بلا سبب فى عمومها (٣) . وقد أزال نص القانون الجديد هذا

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦٢ من المشروع التميدى على الوجه الآتى :
« تقوم الفضالة حتى لو كان الفصولى مدفوعاً فى الوقت الذى يتولى فيه شأنًا لنفسه إلى القيام بشأن لغيره بسبب وجود ارتباط بين الشأين لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر » .
وفى لجنة المراجعة اقترح إدخال تعديلات لفظية ، فأقرت اللجنة النص تحت رقم ١٩٤ على الوجه الآتى : « ثبتت الفضالة ولو كان الفصولى فى أثناء توليه شأنًا لنفسه قد اندفع إلى القيام بشأن غيره لما بين الشأين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر » . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٩٤ . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ وافقت اللجنة على المادة مع استبدال كلمة « تولى » بكلمة « قد اندفع إلى القيام » . وأصبح رقم المادة ١٨٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلها لجنة القانون المدنى . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٧ - ص ٤٦٩) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦٤ من المشروع التميدى كما هو . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ١٩٦ فى المشروع التام . ووافق مجلس النواب عليه دون تعديل تحت رقم ١٩٦ . ثم وافقت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ دون تعديل تحت رقم ١٩٠ . ووافق عليه بعد ذلك مجلس الشيوخ دون تعديل . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٠ - ص ٤٧٢) .

(٣) وقد سبقت الإشارة إلى ذلك عند الكلام فى قاعدة الإثراء بلا سبب . أُنْزِدْ هُنَا
٢ ص ٢٩٥ قسرة ٤ - والنون ٢ ص ١٤٠ - ص ١٤١ - الموجز المؤلف ص ٤٠٣ - =

٨٥٨ - أركان ثموة للفضالة : وبتبين من هذه التصوص الجديدة

التي قدمناها أن الفضالة تتحقق بقيام أركان ثلاثة (٢) :

(١) أن يقوم القضولى بشأن عاجل لشخص آخر . وهذا هو الركن المادى .

(٢) أن يتصد : فى قيامه بهذا الشأن العاجل ، مصلحة ربه العمل . وهذا

هو الركن المعنوى .

(٣) ألا يكون . إزاء هذا الشأن الساجل . ملتزماً به ولا موكلاً فيه ولا

منهياً عنه . وهذا الركن يمكن أن يطلق عليه الركن القانونى .

ونستعرض هذه الأركان الثلاثة .

من ٤٠٤ - الدكتور حشمت أبو سنيت بك س ٤١٠ فقرة ٥٦٦ - الدكتور عبد السلام
ذهبي بك فى الالتزامات فقرة ٦٩٠ - الأستاذ بطوروس فى تطبيقاته على القانون المدنى ٢
س ٤٢٣ فى الهامش .

(١) جاء فى المذكورة الإيضاحية للمشروع التبهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « لا يتضمن
التقنين المصرى الحال (القديم) بشأن الفضالة سوى نص واحد ، اختلطت فيه شروط الفضالة بآثار
الإثراء بلا سبب . وقد استبدل المشروع بهذا النص سلسلة متصلة الحلقات من المواد عرض
فيها لتحديد نطاق الفضالة وآثارها تحديداً واضحاً . والحق أنه من الأهمية بمكان إيضاح ما يفرق
من الحدود بين مبدأ الإثراء بلا سبب فى عمومته وبين الفضالة باعتبارها تطبيقاً خاصاً لهذا المبدأ .
فيجب أن تتوافر شروط أربعة حتى يكون لواقعة من وقائع الإثراء مشخصات الفضالة ، وتتمثل
آثارها تقريباً على ذلك . فإذا تخلف شرط من هذه الشروط لم يكن ثمة محل لإعمال الأحكام
المتعلقة بهذا التطبيق الخاص ، وتعين الرجوع إلى المبدأ العام » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢
س ٤٧٠) . وجاء فى موضع آخر فى هذا الشأن ما يأتى : « أما فيما يتعلق بالفضالة فقد نص على
توافر صفة الاستعجال فيما يتصدى القضولى للقيام به . فهذه الصفة هى علة ما يترتب على الفضالة
من نيابة قانونية ومناط تضيير ما يفرع عليها من حقوق والزامات . وقد عني المشروع بإيضاح
الحدود التى تفرق بين نطاق تطبيق الفضالة ونطاق تطبيق الإثراء بلا سبب ، وعلى وجه الخصوص
فيما يتعلق بأحوال الفضالة التى يتولى فيها الشخص شئون غيره معتقداً أنه يتولى شأن نفسه ،
أو التى يتصدى فيها الشخص لشئون غيره مخالفاً فى ذلك إرادة هذا الغير » . (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٢ س ٤٤٠) .

(٢) وقد لحصت بحجة استئناف مصر الأهلية أركان الفضالة وأحكامها فى حكمها الصادر
فى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٦ (الحاماة ٧ رقم ٣٢٩ س ٤٧٨) .

المطلب الأول

قيام الفضولي بشأن عاجل لرب العمل

٨٥٩- عناصر هذا الركن : أول ركن للفضالة هو أن يقوم الفضولي بشأن عاجل لرب العمل . وهذا الشأن قد يكون تصرفاً قانونياً أو يكون عملاً مادياً . وهو في الحالتين يجب أن يكون عاجلاً .

١٥ - تصرف قانوني أو عمل مادي

١ - التصرف القانوني :

٨٦٠- كيف يقوم الفضولي بتصرف قانوني : يصح أن يكون الفضولي وكيلًا في الأصل عن رب العمل ، ولكنه يجاوز حدود الوكالة عالمًا بذلك أو غير عالم ، فهو فيما جاوز فيه هذه الحدود فضولي (١) . أو يستمر في العمل باسم الأصل بعد انتهاء الوكالة . سواء علم بانتهاء الوكالة أو لم يعلم . فهو فضولي فيما قام به بعد انتهاء وكالته (٢) .

ولكن قد يعمل الفضولي دون وكالة أصلاً . فيقوم بتصرف قانوني باسم رب العمل . مثل ذلك أن يقبل هبة صدرت من الواهب إلى رب العمل ، أو أن يوجر عيناً شائعة بينه وبين رب العمل (٣) . أو أن يبيع محمولات

(١) وقد قضت محكمة الإسكندرية التجارية الوطنية بأنه إذا باشر الوكيل بالمولة مشفقة ما يشروط أنيد لموكله عادت الفائدة على الموكل . فإن تسلم ثمنًا للبيع يزيد على الثمن الحقيقي وحبسه لنفسه اعتبر خائنًا للأمانة وحق عليه العقاب (٩ فبراير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٣٤٠ ص ٧٨٧) .

(٢) ثارن ما قضت به محكمة القصر من أن الوكيل الذي يظل يتابع عمله بعد موت موكله لصالح الورثة مع علمهم بذلك يكون وكيلًا عنهم لا مجرد فضولي (قصر ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٣ ص ٤٥٨) .

(٣) أنظر في فروض يكون فيها المالك في التبوع فضوليًا : استئناف وطني في ٢ يناير ١٨٩٦ المحقوق ١١ ص ١٤٢ - استئناف مختلط في ٨ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٩١ - وفي ١٠ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٨٤ - وفي ٢٠ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٠١ -

وراعية لرب العمل لما يسرع إليه التلف . أو أن يوفى بضريبة واجبة على رب العمل توقيماً للحجز الإداري (١) . أو أن يقبل اشتراطاً لمصلحة رب العمل حتى يصبح الاشتراط باتاً لا يتحرب عنه (٢) . ونرى من ذلك أن التصرفات القانونية التي يقوم بها الفضولي قد تكون من أعمال الإدارة وقد تكون من أعمال التصرف .

٨٦١- ما يترتب على صدور التصرف القانوني باسم رب العمل :

وقد قدمنا أن الفضولي يقوم بالتصرف القانوني باسم رب العمل . كأنه وكيل عنه دون أن تكون هناك وكالة . ويترتب على ذلك :

(١) إذا توافرت جميع أركان الفضالة الأخرى . وقع التصرف نافذاً مباشرة في حق رب العمل كما لو كان الفضولي وكيلاً عنه . وسنرى تفصيلاً ذلك فيما يلي .

(٢) ليس من الضروري أن يكون الفضولي ذا أهلية كاملة لمباشرة التصرف القانوني الذي تولاه باسم رب العمل ، شأنه في ذلك شأن الوكيل . ويمكن

== محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة في ١٨ أبريل سنة ١٩١٤ جازت ٤ رقم ١٢٨ ص ٣١٧ .

وفي إحدى القضايا أجر زيد أحد الشركاء في ملك مشاع قطعة أرض إلى بكر عن نفسه وبالبابنة عن شركائه ، واشتراط في عقد الإجارة دفع الأجرة إليه أو إلى من يحوله بها ، وحول الأجرة إلى عمرو . ومع ذلك دفع بكر إلى خالد أحد الشركاء في الشيوع جزءاً من الأجرة يعادل نصيبه في الملك المشاع . فرفع عمرو دعوى على بكر بطلبه بالأجرة ، وكان خالد خصماً فيها ، وأقر خالد الإجارة ولم يقر التحويل . فقضت محكمة الاستئناف الوطنية بصحة الدفع الحاصل من بكر إلى خالد (١٤ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ١/٦٨) .

(١) استئناف مختلط في ١٥ يناير سنة ١٨٨٠ المجموعة الرسمية للمعالم المختلطة ص ٩٩ .
(٢) مثل ذلك أيضاً أن يقبض الفضولي حقاً لرب العمل نيابة عنه . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن التعويض الذي يستحقه المستأجر من الباطن بسبب تعرض السلطة العسكرية له في انتفاعه بالعين المؤجرة واستيلائها على هذه العين إنما هو دين يترتب في ذمة السلطة العسكرية لا في ذمة المالك . ومع ذلك إذا سوت السلطة العسكرية الحساب مع المالك ، ودخل في هذا الحساب التعويض الواجب للمستأجر من الباطن ، لم يكن لهذا الأخير إلا الرجوع على المالك باعتباره فضولياً ناب عنه في قبض حقه من السلطة العسكرية (١٣ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٢) . أنظر أيضاً في هذا المعنى محكمة الإسكندرية الحزبية المختلطة في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جازت ١٢ رقم ٨٨ ص ١٥٨ .

أن يكون من أهل التمييز .

(٣) وعلى عكس ما تقدم يجب أن يكون رب العمل أهلاً للتصرف القانوني الذي تولاه الفضولي عنه . لأنه يقع نافذاً مباشرة في حقه كما قدمنا (١) .

(٤) يخضع . من ناحية الإثبات ، التصرف القانوني الذي تولاه الفضولي باسم رب العمل للقواعد العامة في إثبات التصرفات القانونية . فإذا كان التصرف عقداً ، لم يحز لإثباته فيما يجاوز عشرة الجنيهات إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها وإلا بالإقرار أو اليمين .

ب - العمل المادى :

٨٦٢- **هو أنه يكون عمل الفضولي عملاً مادياً :** هناك من يرى أن العمل الذى يقوم به الفضولى يجب أن يكون دائماً تصرفاً قانونياً قياساً على الوكالة (٢) . ولكن هذا الرأى مرجوح . ويصح أن يقوم الفضولى بعمل مادى كما يقوم بتصرف قانونى ، وفى هذا تختلف الفضايلة عن الوكالة .

والعمل المادى الذى يقوم به الفضولى قد يكون عملاً مادياً بالنسبة لرب العمل ، وقد يكون عملاً مادياً فى ذاته .

٨٦٣- **العمل المادى بالنسبة إلى رب العمل :** فالفضولى عندما يتعاقد باسمه الشخصى ، أو باسم رب العمل ، بشأن عاجل من شؤون رب العمل . يكون قد قام بتصرف قانونى فيما بينه وبين الغير الذى تعاقد معه . ولكن هذا التصرف القانونى يعتبر عملاً مادياً بالنسبة إلى رب العمل . مثل ذلك أن يتعاقد الفضولى مع مقاول لإصلاح منزل لرب العمل من خلال يتهدهه بالسقوط ، أو أن يتعاقد مع طبيب لعلاج رب العمل من مرض دهمه واقتضاه إسعافاً سريعاً ، أو أن يتعاقد مع معلم يعطى دروساً خاصة لرب العمل . أو أن

(١) أنظر مع ذلك بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ١٢٢٣ ، وحكم محكمة النقض الفرنسية المشار إليه فى هذا المرجع (٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٠ سيرة ١٩١٢ - ١ - ٣٣٧) .

(٢) أنظر فى بحث هذا الرأى وقده والتون ٢ من ١٥١ - من ١٥٢ .

يقوم بدفع المصروفات المدرسية عن رب العمل حتى لا يفصل من مدرسته ،
أو أن يني بدين على رب العمل ليجنبه الحجز على ماله (١) .

ولما كان هذا التصرف القانوني الذي قام به الفضولي يعتبر عملاً مادياً
بالنسبة إلى رب العمل ، فإنه يجوز لرب العمل في رجوعه على الفضولي أن
يثبت هذا التصرف بالمينة وبالقرائن ولو زادت قيمته على عشرة جنيهات .
كذلك يجب أن يكون الفضولي ذا أهلية كاملة للتصرف الذي تولاه ولا يكتفى
فيه أن يكون من أهل التمييز ، وهذا إذ لم يتعاقد نائباً عن رب العمل ، بل تعاقد
باسمه الشخصي ، فانصرف أثر العقد إليه ، وسرى فيما يلي تفصيل ذلك .

٨٦٤ - العمل المادي في ذاته : وقد يقوم الفضولي بعمل مادي في ذاته ،

كأن يقطع التقادم في حق مهدد بالسقوط لرب العمل ، أو أن يقيد رهناً
لمصلحة رب العمل ، أو أن يحدد قيد الرهن ، أو أن يطفىء حريقاً اشتعلت
في منزل لرب العمل ، أو أن ينجي محصولاً لرب العمل ينشئ عليه إذا لم
يجن من التلف ، أو أن ينقذ زراعة رب العمل من دودة القطن ، أو أن يكبح
جراح حصان أو شوك أن يلقى براكه إلى الأرض ، وما إلى ذلك من الأعمال
المادية التي تكون من الشؤون العاجلة لرب العمل (٢) .

وغنى عن البيان أن هذه الأعمال المادية تثبت بجميع الطرق ، ويدخل في

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا باع شريك في الشبوع باسمه الخاص ،
وعلى مرأى ومسمع من شريكه الآخر ، محصول القطن الناتج من الأرض المملوكة في الشبوع ،
كان في تصرفه بالنسبة إلى شريكه فضولياً ينوب عنه في البيع وفي قبض الثمن (١٧ ديسمبر سنة
١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩١) .

(٢) وقد اعتبرت محكمة الاستئناف المختلطة قيام مجلس الصحة البحرية والكورنيتات
بترحيل فريق من الحجاج جنحت بهم سفينتهم فأترتهم في الحجر عملاً من أعمال الفضالة قام به
المجلس لمصلحة أصحاب السفينة الجائحة (٢٥ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٧) . وكذلك
اعتبرت عملاً من أعمال الفضالة إدارة الشؤون المتعلقة بدير سيناء ، وهي شؤون كان الأرشيونديت
بتولاها في مدينة كيف بمقتضى توكيل عام ، ثم اعتزل الوكالة ، ولكنه بقى بعد ذلك بدير
هذه الشؤون دون وكالة إلى أن احتلت الجنود السوفيتية مدينة كيف (٢٣ يونيو سنة ١٩٢٧
م ٣٩ ص ٥٧٤) . واعتبرت أيضاً عملاً من أعمال الفضالة انحراف سفينة عن طريقها العادي
لمعاونة سفينة أخرى والسبر بها إلى الميناء التي قصدها (١٨ أبريل سنة ١٩٨٨ : المجموعة
الرسمية المعاكم المختلطة ١٣ ص ١٨٤) .

ذلك البيئة والقرائن (١) .

٢٨ - شأن عاجل لرب العمل

٨٦٥- مجرد النفع لا يكفي : نقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التهديدي وهي تذكر أركان الفضالة إن من بين هذه الأركان « أن يكون ما يتصدى له الفضولى (شأنًا عاجلاً) » ، فليس يكفي لتبرير الفضالة أن يكون التصدى نافعاً أو مفيداً ، بل لا بد أن يكون ضرورياً (٢) .

وإذن لا يكفي مجرد النفع أو الفائدة بحله الفضولى لرب العمل . فلا يجوز مثلاً أن يتقدم الفضولى لشراء صفقة من أرض أو بناء لحساب رب العمل لمجرد أنها صفقة رابحة ، أو أن يطلب الأخذ بالشفعة لحساب رب العمل لمجرد أن الأخذ بالشفعة يعود عليه بالنفع ، أو أن يقيم بناء على أرض فضاء مملوكة لرب العمل لمجرد أن إقامة البناء تمكنه من استغلال الأرض استغلالاً مفيداً ، أو أن يقسم مالا شائعاً لرب العمل لمجرد أن يجنبه مضار الشبوع (٣) . في كل هذه الفروض نرى أن عمل الفضولى عمل نافع ، بل قد يكون محقق

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية « أن عمل شخص لمصلحة شخص آخر بقصد جلب المنفعة إليه يعد شبه عقد يترتب عليه التزام من عادت عليه المنفعة ولو كان عدم الأهلية يدفع مقابل لذلك الشخص الذى ترتب على فصله جلب المنفعة ، ويجوز إثبات شبه العقد هذا بجميع طرق الإثبات ، بما فيها البيئة وقرائن الأحوال ، فتحتيط الموق لما فيه من حفظ الجثة من التلب العاجل ولما فيه من تسهيل نقلها من ديار القرية إلى الوطن حيث تقيم العائلة ، فيه ولا شك منفعة للعائلة التى ترغب بمقتضى الموائد أو العقائد أن تكون الجثة مدفونة في ضريحها الخاص حيث تسهل زيارتها . وهذه المنفعة تولد شبه عقد يستحق مقابلاً . وألحتيط عمل مستقل من أعمال الطبيب لا يدخل فيها هو مسئول عنه الفتوى من المعالجة أثناء حياته ، ولذلك فهو يستحق عليه أجراً مستقلاً ، وللمعاكم أن تقدر قيمته في حالة عدم الاتفاق عليه من قبل » (٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ الحقوق ١٨ ص ١٠٩) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧١ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الفضولى لا يجوز له أن ينزل عن حق لرب العمل ، وبخاصة إذا كان هذا قد عاد من غيبته (٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٧) — وقضت محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة بأنه لا يدخل في أعمال الفضالة عقود الفرر ولا عمليات البورصة (١٧ مايو سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ١٤٠ ص ٣٥٥) — أنظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٣ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٢٣ .

الفائدة ، ولكنه ليس من الشؤون العاجلة لرب العمل . فلا يجوز للفضولى أن يتدخل فيها . وإذا تدخل فلا يكون فضولياً ، ولا يلزم رب العمل فى شيء ، بل قد يكون تدخله خطأ يستوجب مسئوليته التقصيرية . ولكن إذا رأى رب العمل أن يجيز تدخل الفضولى ، فإن الإجازة تجعل العمل ينفذ فى حق المميز وفقاً للقواعد العامة .

٨٦٦- بل يجب أن يكون العمل « ضرورياً » : وإنما يتعين أن يكون العمل الذى يقوم به الفضولى هو من « الشؤون العاجلة » لرب العمل . فلا يمكن أن يكون نافعاً فحسب ، بل يجب أن يكون ضرورياً . ومعنى « الضرورى » هنا أن يكون العمل الذى قام به الفضولى من الشؤون التى ما كان رب العمل ليتوانى فى القيام بها . فقام به الفضولى ناظراً إلى مصاحبة رب العمل . نرى ذلك متحققاً فيما قدمناه من الفروض : قبول الهبة عن رب العمل ، إيجار عين شائعة لرب العمل ما كانت تستغل بغير هذا الإيجار ، بيع محصولات يسرع إليها التلف ، دفع ضريبة توكفاً لحجز إدارى ، قبول اشتراط لمصلحة رب العمل ، التعاقد مع مقاول لإصلاح منزل مهدد بالسقوط ، التعاقد مع طبيب لإسعاف رب العمل من مرض دمه ، التعاقد مع معلم لإعطاء درس ضرورى لرب العمل ، دفع المصروفات المدرسية عن رب العمل حتى لا يفصل من مدرسته ، الوفاء بدين على رب العمل منعاً للحجز على ماله ، قطع التقادم فى حق مهدد بالسقوط ، قيد رهن أو تجديد القيد ، إطفاء حريق ، جنى محصول يخشى عليه من التلف ، تنقية الزراعة من دودة القطن ، الإمساك بزمام حصان جامع . كل هذه أعمال - قانونية أو مادية - هى من الشؤون العاجلة لرب العمل ، وما كان هو ليتوانى فى القيام بها .

وفيهم مما قدمناه فى تحديد معنى « الشأن العاجل » أن قيام الفضولى بهذا الشأن ، إذا هو بذل فيه العناية الواجبة ، يؤدى إلى نفع محقق لرب العمل . ومن هنا اشترط بعض الفقهاء فى الفضالة أن يتم عمل الفضولى بنجاح (١) .

(١) أنظر فى هذه المسألة محكمة الاستئناف المختلطة فى ٥ يونية سنة ١٨٧٨ المجموعة الرسمية للحاكم المختلطة ٣ من ٢٧٩ - وفى ٣١ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ من ٣٣٨ - وفى ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ من ١٦٩ . وأنظر بلانول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢١٦ .

ومتى قام الفضولى بالعمل الذى تولاه، وعاد ذلك بالنفع على رب العمل، فإنه يستوى بعد هذا أن يبقى هذا النفع أو يزول . فلو أن الفضولى أصلح منزلاً لرب العمل ، ثم احترق هذا المنزل ، لبقى للفضولى حق الرجوع على رب العمل بما أنفق من المصروفات . وهذا هو عين المبدأ الذى قررناه فى قاعدة الإثراء بلا سبب . وسنعود إلى تفصيل ذلك فيما يلى .

المطلب الثانى

نية الفضولى فى أن يعمل لمصلحة رب العمل

٨٦٧- هذا هو الركن المعنوى فى الفضالة كما قدمنا . ونقف هنا عند النية والتصد. فلا تقوم الفضالة إلا إذا انصرفت نية الفضولى، وهو يتولى شيئاً لغيره . إلى أن يتولى هذا الشأن لمصلحة رب العمل . والفضولى فى هذه النية إما أن يكون على بينة من أمره ، وإما أن يكون على غير بينة .

§ ١- الفضولى على بينة من أمره

٨٦٨- الفحص عند الفضولى هو الذى يميز الفضالة عن الإثراء بلا سبب: يغلب أن يكون الفضولى على بينة من أمره ، وتنصرف نيته إلى أن يعمل لمصلحة رب العمل . وهذه النية هى التى تميز ما بين الفضالة والإثراء بلا سبب (١). والفضولى إنما يعرف بهذه النية ، فهو متفضل لأنه لا يعمل لمصلحة نفسه بل يعمل لمصلحة غيره . وقد رأينا ذلك محققاً فى أعمال الفضالة التى استعرضناها فيما تقدم . والفضالة من التفضل لا من التطفل .

= ولكن ليس من الضرورى أن يصل نجاح الفضولى إلى حد تحقيق النتيجة المرجوة من تدخله ، فقد نصت المادة ١٩٥ على أنه « يعتبر الفضولى نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل وإدارته عناية الشخص العادى ، ولم تحقق النتيجة المرجوة » . (١) وتميز أيضاً ما بين الفضالة والاشتراط لمصلحة الغير . فقد رأينا فى الاشتراط لمصلحة الغير أن المشترط له مصلحة شخصية فى الاشتراط ، أما الفضولى فليست له مصلحة شخصية فى الفضالة ولا يقصد إلا مصلحة رب العمل .

أما إذا انصرفت نية المتدخل إلى العمل لمصلحة نفسه . فإنه لا يكون فضولياً حتى لو عاد تدخله على الغير بنفع . ولا يرجع في هذه الحالة بدعوى الفضالة ، وإنما يرجع بدعوى الإثراء إذا توافرت شروطها . مثل ذلك أن يقوم المستاجر بإصلاحات ضرورية في العين المؤجرة حتى يستوفي منفعة العين لنفسه ، فهو بالنسبة إلى المالك لا يعتبر فضولياً لأنه يعمل لمصلحة نفسه ، ويرجع على المالك يدعوى الإثراء كما قدمنا (١).

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن « محل تطبيق نظرية الإثراء بغير سبب على حساب الغير ودعوى الفضول هو أن يكون الإثراء بغير سبب من الأسباب القانونية وأن يكون عمل الفضولي لحساب المالك لا لحسابه الخاص لفرض الوصول إلى الاتفاقات بالعين شخصياً . فتأجر الأرض الذي يجري تحسينات بها وقيم مبانٍ ويغرس أشجاراً بقصد تسهيل وسائل الاستغلال والاستعمال الشخصي ، رغم الحظر الصريح عليه في عقد الإيجار بعدم إجراء شيء من ذلك إلا بأمر المالك ، يكون ملزماً بإزالة ما أحدثه بدون أن يكون له حق الرجوع على المالك بما أوجده من التحسينات في العين المؤجرة » (٢٧ أبريل سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٨ من ١٧٥ — المحاماة ١٨ رقم ٧٢ من ٢٥٠) . وقضت محكمة للنشئة بأن « أعمال الفضولي ... شروطها أن يكون الفضولي قد انصرف جهده واتجه غرضه في عمله إلى منفعة رب المال ، وأن يكون قد عاد على هذا الأخير دائمة مباشرة لم تكن وليدة للمصادفة ، فلا يجوز لمن قام بعمل لفائدة نفسه أن يرجع على غيره لمجرد أنه استفاد من عمله بالنشئة » (٢٣ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٦ رقم ٢٣٣ من ٥٣٥) . وقضت محكمة المختلطة بأن حامل السند الذي يقاضى الشركة عن سنده لا يعتبر فضولياً بالنسبة إلى سائر حامل السندات (٢٢ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ من ٣٢٧) . وقضت هذه المحكمة أيضاً بأنه إذا قدم الشريك حصته في الشركة عقاراً متفلاً بحكر فإنه لا يكون ملزماً بشراء الحكر ولا برد الثمن الذي رأت الشركة أن تشتري به الحكر ، وكل ما نملكه الشركة قبله هو أن ترجع عليه بدعوى الإثراء لما أفاده من تخليص العقار من حق الحكر (٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ من ١٩٥) ، ولم تعتبر المحكمة الشركة فضولياً لأنها عملت لمصلحة نفسها لا لمصلحة الشريك — أنظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٧ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ من ١١٣ ، ومحكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة في ٦ يناير سنة ١٩١٧ . جازت ٧ رقم ٩٠ من ٢٦٥ . وانظر في القضاء الفرنسي محكمة النقض الفرنسية في ٢٥ يونيو سنة ١٩١٩ داللو ١٩٢٣ — ١ — ٢٢٣ — سيريه ١٩٢١ — ١ — ١٢ (وهو منشور في « الأحكام الرئيسية للقضاء المدني » لكاييتان باريس سنة ١٩٥٠ من ٤٢٧ — ٤٢٩ — وقد أشار لحكم آخر من محكمة النقض الفرنسية في ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ داللو الأسبوعي ١٩٣٢ من ٩٨ — وأشار إلى: كولان وكاييتان ٢ فترة ١٣٧٥ — بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فترة ١٢١٣ — بلانيول وريبير وإسمان ٧ فترة ٧٢٧ — بودرى وبارد ٤ فترة ٢٧٩٢ — أوبري ورو ٦ فترة ٤٤١ من ٢٩٥ — (٢٩٦) .

٨٦٩ - جواز أن يعمل الفضولي لمصلحة نفسه ولمصلحة رب العمل في

وقت معا : وليس من الضروري أن تتمحض نية الفضولي في أن يعمل لمصلحة رب العمل وحده . بل يجوز . كما تقول المادة ١٨٩ « أن تتحقق الفضالة ولو كان الفضولي . في أثناء توليه شأناً لنفسه . قد تولى شأن غيره ، لما بين الشائين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر . والشريك المشتاع يؤجر العين الشائعة . فيستغلها لمصلحة نفسه ولمصلحة شريكه في الشروع . فهو فضولي بالنسبة إلى شريكه لأنه عمل لمصلحة هذا الشريك . ولا ينفع من ذلك أنه عمل في الوقت ذاته لمصلحة نفسه . بل لا يمنع من ذلك أنه عمل لمصلحة نفسه أولاً . وأنه ما كان يعمل لمصلحة شريكه لولا مصلحته هو . فالهم أن يكون قد عمل لمصلحة شريكه على وعى منه ، حتى لو كان مضطراً إلى ذلك لما بين مصلحته ومصلحة شريكه من ارتباط لا يمكن معه القيام بمصلحة نفسه دون القيام بمصلحة شريكه (١) . وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « بيد أن الأمر بظل محصوراً في نطاق الفضالة ما بقيت النية المذكورة قائمة . ولو تولى الفضولي شأن الغير وشأن نفسه في وقت واحد بسبب ارتباط هذين الشائين على نحو لا يتيح له القيام على أحدهما استقلالاً عن الآخر . كما هو شأن الشريك المشتاع عند إدارة المال المشاع (٢) » .

٢٨ - الفضولي على غير بينة من أمره

٨٧٠ - لا يكون فضولاً من ظن أنه يعمل لمصلحة نفسه فإذا به يعمل

لمصلحة غيره : وقد لا يكون المتدخل في شؤون الغير على بينة من أمره ،

(١) ولكن إذا عمل سمار لمصلحة أحد الشائين حتى تمت الصفقة فإنه لا يعتبر فضولاً بالنسبة إلى المتابع الآخر (استئناف محتاط في ٢٣ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ من ٥٩) . وكذلك إذا عمل عام لمصلحة موكله حتى كذب القضية فإنه لا يعتبر فضولاً بالنسبة إلى المتقاضين الآخرين الذين لم يوكلوه وكانت لهم مصلحة مشتركة مع موكله (استئناف محتاط ٣١ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ من ٣٣٨) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٧١ .

فتنصرف نيته إلى العمل لمصلحة نفسه فإذا به يعمل لمصلحة غيره . فلا يكون فضولياً في هذه الحالة لأن العبرة بالنية . فتنى انصرفت نيته إلى العمل لمصلحته الشخصية ارتفعت عنه صفة الفضولى ، حتى لو كشف بعد ذلك أنه كان يعمل لمصلحة غيره أو لمصلحة نفسه ومصلحة غيره في وقت واحد . فلو أن منزلاً كان في حيازة شخص واعتقد الحائز أنه يملك المنزل . فأجرى فيه إصلاحات ضرورية لمصلحته هو . ثم تبين بعد ذلك أن المنزل ملك لغيره أو أنه شائع بينه وبين غيره . فلا يعتبر فضولياً بالنسبة إلى هذا الغير . ولا يرجع عليه بدعوى الفضالة بل بدعوى الإثراء إذا توافرت شروطها . وفي هذا تقول الفقرة الأولى من المادة ٢٦٣ من المشروع التمهيدى (١) : «تطبق قواعد الإثراء بلا سبب عندما يقوم شخص بشأن لغيره معتقداً أنه يقوم بشأن لنفسه» . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ، وهي تستعرض ركناً من أركان الفضالة ، ما يأتي : «ثالثاً - أن يتصدى الفضولى لشأن الغير عن بينة أو عن قصد ، ومؤدى هذا أن تنصرف نية الفضولى إلى القيام بما تصدى له لحساب رب العمل ، فإذا لم تتوافر هذه النية بأن اعتقد الفضولى وهو يتولى شأن الغير أنه يقوم بشؤون نفسه خرج الأمر عن نطاق الفضالة وطبقت قواعد الإثراء (٢) » .

٨٧١ - ولكن يكون فضولياً من ظن أنه يعمل لمصلحة شخص فإذا به

يعمل لمصلحة شخص آخر : أما إذا انصرفت نية المتدخل إلى العمل لمصلحة غيره فإنه يكون فضولياً كما قدمنا ، حتى لو ظن أنه يعمل لمصلحة هذا الغير كوكيل عنه وهو ليس بوكيل ، وحتى لو ظن أنه يعمل لمصلحة شخص معين فإذا به يعمل لمصلحة شخص آخر (٣) . فالهم هو أن تنصرف نية

(١) وقد حذفت هذه المادة بفقرتها في لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ «لأنها تصدى لجزئيات يدخل بعضها في نطاق تطبيق القواعد العامة ويسهل استنتاج البعض الآخر من الأحكام المبينة في مواد الإثراء بلا سبب» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٨) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧١ . وانظر في هذه المسألة استثناءات مختلط في

٢٢ مارس سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٨٩١ - وفي ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٧ .

(٣) محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة في ٣ أبريل سنة ١٩١٦ جازيت ٦ رقم ١٢١

الفضولى إلى العمل لمصلحة الغير . لا لمصلحة شخص معين بالذات . وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وإذا كانت تلك النية (نية العمل لمصلحة الغير) ضرورية من هذا الوجه . فهى بمجرد كفاية دون حاجة إلى اشتراط انصرافها إلى العمل لحساب شخص معين بذاته . ففى قصد الفضولى إلى التصدى لشأن الغير . بقى قائماً بعمله . ولو أخطأ فى شخص رب العمل . وفى هذه الحالة يكسب رب العمل الحقيقى ما يترتب على الفضالة من حقوق . ويتحمل ما ينشأ عنه من التزامات (أنظر المدة ٦٨٦ من التقنين الألمانى والمادة ١١٩١/٩٥٥ من التقنين التونسى والمراكشى والمادة ١٥٣ من التقنين اللبنانى) » (١) .

المطلب الثالث

الفضولى يقوم بعمل هو غير ملتزم به ولا موكل فيه ولا منهى عنه

٨٧٢- هذا هو الركن الثالث للفضالة . وهو الركن الذى يحدد الموقف القانونى لكل من الفضولى ورب العمل من الشأن العاجل الذى قام به الفضولى .

أما موقف الفضولى من هذا الشأن العاجل فيتلخص فى أنه لم يكن ملتزماً به قبل أن يتولاه . وأما موقف رب العمل فيتلخص فى أنه لم يأمر الفضولى أن يقوم به ولم ينه عن ذلك .

§ ١ - موقف الفضولى من الشأن العاجل

٨٧٣- لا يعتبر فضولياً من يكون ملتزماً بشأن الغير : جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى معرض ذكر أركان الفضالة . ما يأتى : « رابعاً - أن يتولى الفضولى شأن الغير دون أن يكون ملتزماً بذلك . وقد فصل التقنين اللبنانى هذا الشرط فنص فى المادة ٦٧٧ على إثبات صفة الفضولى

لم يتولى شأنًا لحساب الغير دون أن يوكله هذا أو دون أن يكون ملزماً قانوناً بذلك . وتبسط التقنين المتساوى في هذا الشأن فنص في المادة ١٠٣٥ على إلحاق صفة الفضولي بمن يقوم بشأن الغير (غير مأذون بمقتضى اتفاق صريح أو ضمني أو أمر من محكمة أو نص في القانون) . وعلى هذا الأساس لا يعتبر فضولياً من يكون ملزماً بتولى شأن الغير بمقتضى عقد كالوكيل أو بمقتضى أمر من المحكمة كالحارس أو بمقتضى نص في القانون كالوصى (١) .

ويتبين من ذلك أن من يتولى الشأن العاجل لرب العمل يجب . حتى يكون فضولياً ، ألا يكون ملزماً من قبل أن يقوم بهذا الشأن . لأنه إذا كان ملزماً به فهو ليس بفضولي يتبرع بالعمل لمصلحة الغير . بل هو مدين يقوم بالتزامه نحو الدائن .

ويترتب على ذلك أن المفاوض إذا تعاقد مع رب العمل على أن يقيم له بناء في أرضه ، فإن المفاوض لا يعتبر فضولياً ، لأنه ملزم بإقامة البناء بمقتضى عقد المفاوضة . كذلك الحارس القضائي وهو يدير العين المتنازع عليها لا يعتبر فضولياً لأنه ملزم بإدارة العين بمقتضى أمر القاضى . والمتبوع إذا دفع تعويضاً عن الضرر الذى أحدثه تابعه لا يعتبر فضولياً لأنه مسئول بحكم القانون عن هذا الخطأ .

§ ٢ - موقف رب العمل من الشأن العاجل

٨٧٤ - رب العمل ملزم بالفضالة : قلنا إن موقف رب العمل من

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٢ . ويلاحظ أن التزام الوكيل بالعقد ، على ما جاء في المذكرة الإيضاحية ، هو التزام يجوز للوكيل الرجوع فيه لأن الوكالة عقد غير لازم . وتؤثر أن يكون استبعاد الوكيل عن نطاق الفضالة آتياً من طريق أنه مأثور من رب العمل لا من طريق أنه ملزم بمقتضى العقد ، كما سئى .

هذا والكفيل إذا تطوع لكفالة المدين ، دون أمر منه أو نهى ، كان فضولياً ، والعمل الذى قام به لمصلحة المدين هو التزامه نحو الدائن بوفاء الدين إذا لم يف المدين به . والكفيل في هذه الحالة ، إذا هو دفع الدين ، أن يرجع على المدين بدعوى الفضالة . أما إذا كان الكفيل مأثوراً من المدين بالكفالة ، فكفل الدين ثم دفعه للدائن ، كان له أن يرجع على المدين بدعوى الوكالة ، ولا يكون فضولياً في هذه الحالة . وكذلك لا يكون فضولياً إذا أنهى المدين عن الكفالة ، ولكنه كفل المدين بالرغم من هذا النهى ودفعه للدائن ، ويرجع في هذه الحالة على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب .

الفضولى فى هذا الشأن العاجل هو موقف من لم يأمره بتولى العمل ولم ينه عنه . وفى الكثرة الغالبة من الأحوال يكون رب العمل غير عالم بأن الفضولى قد تولى شأنًا عاجلاً من شؤونه . لأنه يكون بعيداً عن هذا الشأن فلا يتمكن من أن يتولاه بنفسه . فيتولاه الفضولى عنه . وهذه هى الحالة الغالبة فى الفضالة . وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « والغالب أن يجعل رب العمل تصدى الفضولى لقيام بهذا العمل (١) » .

٨٧٥- رب العمل بعلمه بالفضالة : ولكن قد يقع أن رب العمل يكون عالماً بأن الغير يتولى شأنًا من شؤونه العاجلة . فإذا كان هو الذى دعاه إلى ذلك كان الغير وكيلًا لا فضولياً (٢) . وكالوكالة السابقة الإجازة اللاحقة ، فيجوز أن رب العمل لا يدعوا الفضولى إلى تولى شؤونه ، ولكنه يميز عمله بعد ذلك ، فيصبح الفضولى بهذه الإجازة وكيلًا . وفى هذا تقول المادة ١٩٠ التى سبق ذكرها : « تسرى قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولى » . وتصبح الفضالة وكالة منذ بدء الفضالة . إذ أن الإجازة لها أثر رجعى (٣) . ويستثنى الغير من ذلك . فلا يكون للإجازة أثر رجعى بالنسبة إلى الغير إلا من وقت صدورهما . ويصح أن تصدر الإجازة من رب العمل سواء كان المتدخل فى شؤونه فضولياً استوفى شروط الفضالة . أو كان لم يستوف شروط الفضالة بأن كان يعمل لمصلحة نفسه مثلاً ، فى الحالتين تجعل الإجازة المتدخل وكيلًا إذا كان العمل الذى قام به تصرفاً قانونياً (٤) . وهذا ما تقوله المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٠ .

(٢) استئناف مخطط فى ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٣٧ . ويشترط حتى يكون الغير وكيلًا أن يكون العمل الذى يتولاه هو تصرف قانونى .

(٣) ويجوز مع ذلك ألا يكون رب العمل أهلاً للتصرف الذى قام به الفضولى وقت قيام هذا به ، مادام يصبح كامل الأهلية وقت الإجازة ، فإن القاصر يستطيع عند بلوغ سن الرشد إجازة التصرفات التى صدرت وهو قاصر (أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيح ٢ فقرة ١٢٢٤ ص ٤٢٢) .

(٤) وللإجازة فائدة عملية تظهر فيما إذا كان هناك شك فى أن تدخل الغير قد استوفى شروط الفضالة ، فإجازة رب العمل لتدخل الغير تقطع كل شك وتجعل التصرف المجاز سارياً فى حق المخير (أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيح ٢ فقرة ١٢٢٤ ص ٤٢١) .

الشأن : « فإذا أجاز رب العمل الفضالة صراحة أو ضمناً سرت قواعد الوكالة على ما يترتب بينه وبين الفضولى من حقوق والتزامات من بدء الفضالة . ولا يكون للإجازة أثر بالنسبة للغير إلا من وقت صدورها (أنظر المادة ٩٥٨/١١٩٤ من التقنين التونسي والمداكشي والمادة ١٥٤ من التقنين اللبناني) ، ويكون من أثر هذه الإجازة سريان أحكام الوكالة ، ولو كان الفضولى قد قام بالعمل وهو يعتقد أنه يتولى شأن نفسه (المادة ٦٥ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ١٢٠ من التقنين البولونى) . ويراعى فى الحالة الأخيرة أن الوضع الذى تطبق بشأنه أحكام الوكالة ليس صورة من صور الفضالة ، ولكنه صورة من صور الإثراء بلا سبب (١) » .

أما إذا كان رب العمل لم يدع الغير إلى تولى العمل الذى قام به ، بل على العكس من ذلك نهاه عن التدخل فى شؤونه ، فلا يكون الغير فضولياً (٢) ، ويجب عليه الامتناع عن التدخل ، وإلا ارتكب خطأ قد يستوجب مسئوليته التقصيرية إذا عاد تدخله بالضرر على رب العمل . وإذا عاد بالمنفعة ، فإنه لا يرجع بدعوى الفضالة ، بل بدعوى الإثراء بلا سبب . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يقضى بهذه الأحكام ، هو الفقرة الثانية من المادة ٢٦٣ ، وقد حذفت اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ، وكانت تجرى بما يأتى : « وكذلك تطبق قواعد الإثراء بلا سبب إذا تدخل شخص فى شأن لغيره مخالفاً فى ذلك إرادة هذا الغير ، معروفة كانت هذه الإرادة أو مفروضة (٣) » .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧١ . وملاحظ أن الفضالة لا تنقلب وكالة فى جميع الصور التقدمية إلا إذا كان العمل الذى يتولاه الفضول هو تصرف قانونى .

(٢) استئناف مختلط فى ٢٣ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٢٣ — وفى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٩٢ — وفى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٣٤ — وفى ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٦٩ .

(٣) وقد سبق أن أشرنا إلى أن المشروع التمهيدى كان يشتمل على نص هو المادة ٢٦٣ من هذا المشروع . وقد جرى هذا النص على الوجه الآتى : ١ — تطبق قواعد الإثراء بلا سبب عندما يقوم شخص بشأن لغيره معتقداً أنه يقوم بشأن نفسه . ٢ — وكذلك تطبق قواعد الإثراء بلا سبب إذا تدخل شخص فى شأن لغيره مخالفاً فى ذلك إرادة هذا الغير ، معروفة كانت هذه الإرادة أو مفروضة . ومع ذلك تطبق قواعد الفضالة ، ولا يعتد بهذه الإرادة المخالفة ، إذا كان من تدخل فى شؤونه غيره قد أراد بهذا التدخل أن يسد حاجة ملحة اقتضاها وجود =

بقي الفرض الثالث . وهو أن يكون رب العمل لم يدع الغير إلى التدخل في شؤونه ولم يمنعه من ذلك . فإذا وقف رب العمل من التدخل هذا الموقف السلي . لا يأمره بالتدخل ولا ينهأ عنه . كان هذا هو مجال الفضالة . واعتبر التدخل فضولياً . وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « فإذا علم (رب العمل) بذلك ولم ينصح عن موقفه من طريق المعارضة أو الإقرار . بقيت لقواعد الفضالة ولايتها . ووجب تطبيقها (١) » .

ومن ثم نرى أن الفضالة لا تقوم إلا في فرضين من الفروض المتقدمة : (١) إذا كان رب العمل لا يعلم بتدخل الفضولى (٢) أو كان يعلم بهذا التدخل ولكنه يقف منه موقفاً سليماً . لا يأمر به ولا ينهى عنه .

== التزام فرضه القانون على رب العمل وقضت بأدائه مصلحة عامة ، كالاتزام بالشفقة والائراء بتجهيز الميت . وقد أدخلت لجنة المراجعة تعديلات لعطية على هذا النص . ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٩٥ . ولما عرّض النص على لجنة القانون الذى بمجلس الشيوخ ، رأيت اللجنة حذفه لأنه يتصدى لجزيئات يدخل بعضها في نطاق تطبيق لقواعد العامة ويسهل استنتاج البعض الآخر من الأحكام البينة في مواد الإبراء بلا سبب . ووافق مجلس الشيوخ على الحذف .

ولا شك في أن تطبيق القواعد العامة تدعى لاستنباط الأحكام الرئيسية التى اشتمل عليها النص . فالشخص الذى يقوم بشأن لغيره معتقداً أنه يقوم بشأن نفسه لا يكون فضولياً ، بل يرجع بدعوى الإبراء بلا سبب . كذلك يرجع بدعوى الإبراء بلا سبب من تدخل في شؤون غيره مخالفاً في ذلك لإرادة هذا الغير حتى لو كانت هذه الإرادة مفروضة . ولكن النص استثنى من القاعدة الثانية حالة ما إذا كان التدخل قد اقتضته حاجة ملحة هي وجود التزام قانوني في ذمة رب العمل تقضى بأدائه المصلحة العامة ، كالاتزام بالشفقة والائراء بتجهيز الميت ، فإذا تدخل شخص وأدى عن رب العمل التزامة بالشفقة نحو من يجب عليه نفقة ، أو قام بتجهيز ميت يلزم رب العمل شرعاً بتجهيزه ، فإن هذا الشخص يعتبر فضولياً في هذه الحالة حتى لو نهاه رب العمل عن التدخل وعن أداء هذا الالتزام القانوني . وعلة هذا الحكم مفهومة ، فإن الفضولى إنما يقوم من رب العمل بالتزام قانوني تقضى المصلحة العامة بأدائه ، فلا يعتد في هذه الحالة بنهى رب العمل للفضولى عن أداء هذا الالتزام . ولكن أيمكن أن تكون علة الاستثناء مفهومة ؟ وأليس من الواجب ، إذا أريد الاستثناء من قاعدة عامة ، أن ينص على هذا الاستثناء ؟

(أنظر في المسألة مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧ : هامش رقم ١ و ص ٤٧٠ - ص ٤٧١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٠ .

المبحث الثاني

أحكام الفضالة

٨٧٦ - التزامات الفضولي والتزامات رب العمل : الفضالة . إذا توافرت أركانها على النحو الذي قدمناه ، ترتب التزامات في جانب الفضولي وأخرى في جانب رب العمل .

المطلب الأول

التزامات الفضولي

٨٧٧ - ماضي هذه الالتزامات وما هو مصدرها : يلتزم الفضولي بما يأتي :

١ - أن يعضى في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه .

٢ - أن يحظر رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك .

٣ - أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادى .

٤ - أن يقدم حساباً لرب العمل عما قام به وأن يرد إليه ما استولى عليه بسبب الفضالة .

ومصدر هذه الالتزامات جميعاً عمل مادى إرادى يقوم به الفضولي فيرتب عليه القانون مباشرة هذه الالتزامات (١) . وهذا ظاهر إذا كان العمل الذى يقوم

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهيدى في هذا الشأن ما يأتى : « يعتبر القانون مصدراً مباشراً لالتزامات الفضولي ، ولو أنها تنشأ بمناسبة عمل إرادى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٧٣) . ونريد بالعمل المادى الإرادى هنا أن الذى أراده الفضولي هو العمل المادى ، لا الالتزامات التى يرتبها القانون على هذا العمل (قارن الدكتور أبو عافية في التصرف القانونى المجرد للنسخة العربية من ١٧٠ هامش رقم ٧) . ولا يجوز القول إن القانون مصدر غير مباشر لالتزامات الفضولي وأن المصدر المباشر لهذه الالتزامات هو هذا العمل المادى الإرادى الصادر من الفضولي فإن القانون لم يصل بعد إلى أن يجعل من العمل المادى الإرادى مصدراً عاماً للالتزام ، كما فعل في العقد وفى العمل غير المشروع وفى الإثراء بلا سبب . والصحيح أن القانون رتب على واقعة قانونية معينة ، هى العمل المادى الصادر من الفضولي بشروطه المعروفة ، =

به الفضولى هو عمل مآدى فى ذاته . وهو صحيح أيضاً حتى إذا كان العمل الذى يقوم به الفضولى هو تصرف قانونى . سواء عقده باسمه الشخصى أو عقده باسم رب العمل نيابة عنه . وفى الحالتين يعتبر قيام الفضولى بإبرام هذا التصرف القانونى عملاً مادياً فى العلاقة ما بين الفضولى ورب العمل . وإن كان العمل يعتبر تصرفاً قانونياً فى العلاقة ما بين الفضولى والغير إن كان الفضولى عقده باسمه الشخصى . وفى العلاقة ما بين رب العمل والغير إن كان الفضولى عقده باسم رب العمل .

ونستعرض : (أولاً) التزامات الفضى الأربعة (ثانياً) ما تشترك فيه هذه هذه الالتزامات من أحكام تتعلق بأهلية الفضى وبالأثر الذى يترتب على موت الفضى أو موت رب العمل وبتقادم هذه الالتزامات .

§ ١ - التزامات الفضى الأربعة

١ . الالتزام الأول - مضى الفضى فى العمل الذى بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه :

٨٧٨- جاء فى المادة ١٩١ ما يأتى : «يجب على الفضى أن يمتضى فى العمل الذى بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه (١)» . وقد أراد المشرع بهذا الالتزام أن يمنع التدخل فى شؤون الغير عن خفة واستهتار . فمن تدخل فى شأن لغيره من غير أن يدعى لذلك وجب عليه ألا يتخلى عن العمل متى بدا له أن يتخلى ، بل يلتزم بالمضى فيما بدأه رعاية لمصلحة رب العمل ، وهى المصلحة التى قصد الفضى أن يبرعاها . ولكن لا يلتزم الفضى بإتمام العمل إلا إذا لم يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه . فإذا تمكن من ذلك - وسرى أن الفضى يجب عليه إخطاره بتدخله متى استطاع - سقط عن الفضى التزامه بإتمام العمل بل التزامه بالمضى فيه ؛ وأصبح من واجب رب

= التزامات معينة ، كما رتب التزامات معينة على وقائع قانونية أخرى ، كواقعة الجوار واقعة القرابة . فكل هذه الوقائع يرتب عليها القانون التزامات ينص عليها ، ويعتبر القانون مصدراً مباشراً لهذه الالتزامات . وسننقل ذلك عند الكلام فى الالتزامات التى تنشأ من القانون (أنظر فى رأى الأخر مذكرات مطبوعة للدكتور وديع فرج ص ٢٩ - ص ٣٠) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦٥ من المشروع التحدى بتغيير لفظى -

العمل ، ومن حقه في الوقت ذاته ، أن يباشر شؤونه بنفسه ، وأن يتخلى له الفضولي عن ذلك .

وإذا كان العمل الذي تولاه الفضولي عملاً مادياً ، كتنقية زراعة من دودة القطن أو إطفاء حريق ، وجب على الفضولي المضي في تنقية الزراعة أو في إطفاء الحريق حتى يأتي رب العمل ويباشر العمل بنفسه . أما إذا كان العمل الذي تولاه تصرفاً قانونياً - سواء عقده باسم رب العمل أو باسمه الشخصي - فواجبه هنا أيضاً أن يمتضي في عمله ، فيتم إبرام التصرف القانوني . ويقوم بالإجراءات التي يوجبها القانون كتسجيل التصرف أو قيده ، ثم يباشر تنفيذ التصرف إذا اقتضى الأمر ، فيؤدى ما أنشأه التصرف من التزامات ، وبطالب بما رتبته من حقوق ، باسم رب العمل أو باسمه الشخصي على حسب الأحوال . كل هذا حتى يتمكن رب العمل من مباشرة التصرف الذي عقده الفضولي نيابة عنه . فيمضي في الإجراءات أو في التنفيذ بنفسه . أما التصرف الذي عقده الفضولي باسمه الشخصي فيستمر هذا فيه حتى يتم تنفيذه لأنه هو المسئول عنه شخصياً ، وليس لرب العمل إلا تعويضه عن التزاماته وإلا محاسبته عنه كما سيأتي .

ب . الالتزام الثاني - إخطار الفضولي رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك :

٨٧٩- ولا يكفي أن يمتضي الفضولي في العمل الذي بدأ به حتى يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه ، بل يجب إلى ذلك أن يبادر إلى إخطار رب العمل بتدخله بمجرد أن يتمكن من ذلك ، فيستطيع رب العمل بعد هذا الإخطار أن يستعمل حقه من مباشرة العمل بنفسه ، وقد رأينا أن هذه المباشرة إذا كانت واجبة عليه فهي أيضاً حق له . وهذا الالتزام هو ما ينص عليه الشطر الثاني من المادة ١٩١ إذ تقول « كما يجب عليه (أي على الفضولي) أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك(١) » . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية

= طفيف . وأقرته لجنة المراجعة بعد إدخال تعديلات لفظية بسيطة تحت رقم ١٩٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب دون تعديل تحت رقم ١٩٧ . كما وافق عليه كل من لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ دون تعديل تحت رقم ١٩١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٧٣ - ٤٧٤) .
(١) أنظر فقرة ٨٧٨ في الهامش .

للمشروع التمهيدى (١) فى هذا الصدد ما يأتى : « ويلاحظ أن الفصولى يلزم بالمضى فى العمل الذى بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه . ولما كان لرب العمل أن يكف الفصولى عن التدخل فيما تصدى له ، لذلك كان من واجب الفصولى أن يخطره بتدخله فى أول فرصة تتاح له . ومتى تيسر لرب العمل أن يباشره بنفسه كان من حقه وواجبه أن يقوم بذلك » .
وغنى عن البيان أن الفصولى ليس مطالباً أن يبذل جهداً غير معتاد لإخطار رب العمل بتدخله ، بل هو مطالب أن يتنهر أول فرصة معقولة تتاح له حسب الظروف التى تحيط به للقيام بهذا الإخطار .
ح . الالتزام الثالث - بذل عناية الشخص العادى فى القيام بالعمل :

٨٨٠- النص القانونى : تنص المادة ١٩٢ على ما يأتى :

- ١- يجب على الفصولى أن يبذل فى القيام بالعمل عناية الشخص العادى . ويكون مسئولاً عن خطئه . ومع ذلك يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرر ذلك » .
٢- وإذا عهد الفصولى إلى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولاً عن تصرفات نائبه ، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب » .
٣- وإذا تعدد الفصوليون فى القيام بعمل واحد كانوا متضامنين فى المسئولية « (٢) » .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٧٣ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

- ١- يجب على الفصولى أن يبذل فى القيام بالعمل العناية المطلوبة من الشخص المتاد وأن يطابق بين عمله وبين إرادة رب العمل معروفة كانت هذه الإرادة أو مفروضة . ٢- ويكون مسئولاً عن كل خطأ ، غير أنه يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على خطئه إذا كانت الظروف التى ساقته إلى القيام بالعمل تقتضى ذلك . ٣- وإذا عهد الفصولى إلى غيره بكل ما تولاه أو ببعضه كان مسئولاً عن تصرفات نائبه ، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب . وإن تعدد الفصولى كان الجميع متضامنين فى المسئولية » . ثم قدمت لجنة المراجعة النص تحت رقم ١٩٨ فى المشروع النهائى بالصيغة الآتية : ١- يجب على الفصولى أن يبذل فى القيام بالعمل عناية الشخص العادى وأن يطابق بين عمله وبين إرادة رب العمل معروفة كانت هذه الإرادة أو مفترضة . ويكون مسئولاً عن كل خطأ ، غير أنه يجوز للقاضى أن ينقص =

وهذا النص يشتمل على أحكام هامة في الفصالة (١) . فهو : (١) يرسم

- التعويض المترتب على خضه إذا كانت الظروف التي ساقته إلى القيام بالعمل تقتضى ذلك .
٢ - وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل العمل أو بعضه كن مسئولاً عن تصرفات نائبه ، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب . ٣ - وإذا تعدد الفضوليون كانوا متضامنين في المسؤولية . - وقد وافق مجلس النواب على المادة كما وردت في المشروع النهائي دون تعديل تحت رقم ١٩٨ - وفي لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ نلت المادة ١٩٨ ، واقترح حذف عبارة « وأن يطابق بين عمله وإرادة رب العمل معروفة كانت هذه الإرادة أو مفترضة » الواردة في الفقرة الأولى من هذه المادة لأنها تورد معياراً شخصياً يوقع في إشكالات كثيرة . واقترح كذلك الاكتفاء بالمعيار المادى الوارد في صدر هذه الفقرة وتعديل باقى الفقرة إلى ما يأتى : « ويكون مسئولاً عن خطئه ، ومع ذلك يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرر ذلك » . كما اقترح حذف الفقرة الثانية لأنها تطيب للقواعد العامة وقواعد مسؤولية المتبوع عن تابعه . واعترض على صياغة الفقرة الثالثة لأنه يجب أن يكون هناك ارتباط بين العمل بين الفضولين ، وإذا كان المقصود منها أن تطبق في حالة ما إذا قام أكثر من واحد بعمل واحد فن الواجب إظهار هذا الحكم . واقترح أن يكون نصها كالآتى : « وإذا تعدد فضوليون في القيام بعمل واحد كانوا متضامنين في المسؤولية » . وبذلك أصبح نص المادة ١٠٨ كالآتى : ١ - يجب على الفضولى أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادى ويكون مسئولاً عن خطئه . ومع ذلك يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرر ذلك . ٢ - وإذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد كانوا متضامنين في المسؤولية . وفي جلسة أخرى من جلسات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ نلت المادة ١٩٨ ورأت اللجنة بعد مناقشتها إرجاع الفقرة الثانية منها وكانت قد حذفها ، وسبب ذلك أن الفصالة عمل قائم بذاته يحتاج إلى شىء من العناية بالنصوص الخاصة به . وقالت اللجنة في تقريرها ما يأتى : « حذفت اللجنة من الفقرة الأولى من هذه المادة عبارة « وأن يطابق بين عمله وبين إرادة رب العمل معروفة كانت هذه الإرادة أو مفترضة » واكتفت اللجنة بأن يبذل الفضولى في القيام بالعمل عناية الشخص العادى ، واستبدلت في الفقرة نفسها عبارة « إذا كانت الظروف تبرر ذلك » بعبارة « إذا كانت الظروف التي ساقته إلى القيام بالعمل تقتضى ذلك » فقد تكون هناك ظروف غير التي دفعت الفضولى إلى القيام بالعمل وتقتضى في الوقت نفسه إيقاس التعويض . ورأت اللجنة أن هذا التعديل أكثر تنسجاً مع ما عليه العدالة » . وأصبح رقم المادة ١٩٢ - وافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧١ - ص ٤٧٨) .

(١) أنظر ما يقابلها في التفتيات الأجنبية المادة ٦٣ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ١٣٧٢ و ١٣٧٤ من القانون الفرنسى والمادة ١٨٩٠ من القانون الإسبانيولى والمادة ١٥٦ من القانون اللبئانى والمادة ٦٨١ من القانون الألمانى والمادة ٤٢٠ من قانون الالتزامات السويسرى .

ولا مقابل في القانون المصرى القديم لهذا النص الجديد إلا المادتان ١٤٩/٢١٠ من القانون =

معتبر الخطأ في الفضاة وما يترتب من المسؤولية على هذا الخطأ . (٢) وبين أحكام نائب الفصولي . (٣) ويقرر التضامن في المسؤولية إذا تعدد الفصولي .

٨٨١-- الخطأ في الفضاة: لا يلتزم الفصولي بالوصول إلى النتيجة المرجوة .

بل يلتزم ببذل عناية الشخص العادي للوصول إلى هذه النتيجة . فالإلزام ليس التزمماً بتحقيق غاية . بل هو التزمم ببذل عناية (١) .

ومعيار خطأ الفصولي هو كمعيار الخطأ العتدي ويقاس على خطأ الوكيل إذا كان مأجوراً (م ٧٠٤ فقرة ٢) . فيجب ألا ينحرف الفصولي في القيام بعمله عن السلوك المألوف للرجل العادي ، وأى انحراف عن هذا السلوك يكون خطأ يوجب مسؤوليته (٢) . وليس هذا الخطأ خطأ عقدياً لأن التزمم الفصولي ببذل عناية الرجل العادي ليس التزمم عقدياً . ولا هو خطأ تقصيري لأن مسؤولية الفصولي ليست مسؤولية تقصيرية إلا إذا ارتكب خطأ تقصيرياً خرباً عن أعمال الفضاة . وإنما هو خطأ في الفضاة . معياره هو عين معيار الخطأ العتدي والخطأ التقصيري . وخصوصية هذا الخطأ أن المسؤولية عنه قد لا تكون كاملة . إذ يجوز للقاضي أن يقتص الموقوف المترتب عليه إذا كانت الظروف تبرر ذلك . وكثيراً ما تبرر الظروف التخفيف من مسؤولية

التقدم ، وهذا هو صلبها : « الالتزامات الناشئة عن الأفعال في الأحوال تنقسم ذكرها (وهي حالة الفضاة وحالة استرداد غير المستحق) لا يترتب عليها تضامن وعليها . ونرى من ذلك أن من التقدم لم يرس في هذا النص إلا التضامن الفصولي في المسؤولية وفي هذا التضامن على خلاف ما قررته القانون الجديد . أما الأحكام الأخرى — معيار الخطأ — يترتب عليه من مسؤولية الفصولي وأحكام نائب الفصولي — فلم يرس لها القانون التقدم ، « لكن القضاء والفقهاء مصرحاً بقرارات دون من ، ومن طريق تطبيق القواعد العامة ، « التي وردت في نصوص قانون الجديد إلا ما كان منها يحتاج في تقريره إلى من كرجوع رب العمل على نائب الفصولي بدعوى مباشرة .

(١) وإذا كان عمل الفصولي هو تصرف قانوني يبرمه باسمه الشخصي أو نيابة عن رب العمل ، فلا يترتب عليه هذا التصرف هو الغاية المرجوة . بل هو الوسيلة لإدراك هذه الغاية . فينبغي إذن إلزام الفصولي ، حتى في هذه الحالة ، إلزام عناية لا التزمم غاية .

(٢) وقد كان المشروع الممبىدى (م ٢٦٦) «وجب أن يتناقض فصولي بين عملاً وبين إرادة رب العمل ، معروفة كانت هذه الإرادة أو مفترضة . وقد رأينا أن لجنة القانون المدني تجلس اليوم حبات هذا الحكم لأنه «يورد معياراً شخصياً يوقع في إشكالات كثيرة ، ويؤدى لأكبرها . «يورد المادى الصادر في صدر الفقرة ، وهو «مبدأ السلوك المألوف للرجل العادي .

الفضولى إذ هو متفضل تدخل لرعاية مصلحة رب العمل . فإذا كان تدخله لدفع ضرر داهم يهدد رب العمل ، فى هذا الظرف الذى ساقه للتدخل ما يشفع له إذا ارتكب خطأ فى عمله وانصرف قليلا عن السلوك المألوف للرجل العادى ، فيكون هذا سبباً لتخفيف المسؤولية وإنقاص التعويض (١) . وقد تكون ظروف أخرى ، غير تلك التى ساقته للتدخل ، سبباً فى تخفيف المسؤولية . فالفضولى الذى يعتمد إلى تنقية زراعة جاره من آفة زراعية ، ثم يبحث عن مواد كيماوية يكمل بها التنقية ، فيجد ظرف يجعل الوصول إلى هذه المواد ينطوى على شيء من المشقة يحجم عندها عن المضى فى عمله ، فيتحرف بذلك قليلا عن السلوك المألوف للرجل العادى ، قد يخفف القاضى من مسؤوليته عن هذا الخطأ بسبب الظرف الذى جد وجعل الوصول إلى المواد الكيماوية أمراً شاقاً (٢) .

وقد يرتكب الفضولى خطأ تقصيرياً خارجاً عن أعمال الفضالة يضر به رب العمل ، فيكون مسئولاً عن هذا الخطأ وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية . مثل ذلك أن يعتمد الفضولى على إطفاء حريق شبت فى منزل جاره ، ثم هو بعد إطفاء الحريق والفراغ من أعمال الفضالة ، يهمل إقفال باب المنزل فتسلل اللصوص ويسرقون أمتعة الجار . فى هذا الفرض يكون خطأ الفضولى فى إهماله أن يقفل باب المنزل خطأ تقصيرياً لأنه خارج عن أعمال الفضالة ، ويكون مسئولاً نحو رب العمل عن هذا الخطأ مسؤولية تقصيرية .

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يلاحظ أن الفضولى يلزم ، مابقى قائماً بالعمل ، بأن يبذل فيما يعمل عناية الشخص المعتاد . . . وكل مخالفة لهذا الالتزام تعتبر خطأ يستتبع مساءلته . ومع ذلك فينبغى التسامح فى تقدير هذه المسؤولية إذا كان الفضولى قد قام بما تصدى له من شؤون رب العمل لدفع ضرر يهدده : (أنظر المادة ٤٢٠ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٦٨ من التقنين الألمانى والمادة ١٥٦ من التقنين اللبائى والمادتين ١١٨١/٩٤٥ من التقنين التونسى والمراكشى) . » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٥) .

(٢) وقد رأينا ما جاء فى تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ : « واستبدلت . . . عبارة (إذا كانت الظروف تبرر ذلك) بعبارة (إذا كانت الظروف التى ساقته إلى القيام بالعمل تقتضى ذلك) ، فقد تكون هناك ظروف غير التى دفعت الفضولى إلى القيام بالعمل تقتضى فى الوقت نفسه إنقاص التعويض . ورأت اللجنة أن هذا التعديل أكثر تحسناً مع ما عليه العدالة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٨) .

٨٨٢- نائب الفضولى : وقد يعهد الفضولى إلى شخص آخر أن يقوم

نيابة عنه بأعمال الفضاة كلها أو بعضها ، سواء تولى الفضولى العمل ابتداء ثم مضى نائبه فيه أو تولى النائب العمل من مبدئه (١). ونائب الفضولى يكون بمثابة نائب الوكيل إذا كان العمل تصرفاً قانونياً (٢) وبمناوبة المفاوض من الباطن إذا كان عملاً مادياً .

ويكون نائب الفضولى مسئولاً قبل الفضولى، ويجوز لرب العمل أن يستعمل حق الفضولى فى الرجوع على النائب عن طريق الدعوى غير المباشرة . ولكن القانون المدنى الجديد لم يقتصر على الدعوى غير المباشرة . بل أجاز فوق ذلك لرب العمل أن يرجع بدعوى مباشرة على نائب الفضولى . فرب العمل يستطيع إذن أن يرجع مباشرة : (أولاً) على الفضولى لا عن خطئه هو فحسب ، بل أيضاً عن خطأ نائبه باعتباره تابعاً له . وتكون مسئولية الفضولى عن النائب هى مسئولية المتبوع عن التابع (ثانياً) على نائب الفضولى نفسه بطريق الدعوى المباشرة التى نص عليها القانون (٣) . وهذا ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ١٩٢ إذ تقول : « وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولاً عن تصرفات نائبه ، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع

(١) وقد رأينا أن الفقرة الثالثة من المادة ٢٦٦ من المشروع التمهيدى كانت تجرى على الوجه الآتى : « وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل ما تولاه أو ببعضه ... » فكان النص على هذا النحو يفرض أن الفضولى قد تولى العمل قبل أن يعهد به إلى غيره . وقد عدل النص ، كما قدمنا ، فى المشروع التام على الوجه الآتى : « وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل العمل أو ببعضه ... » فتسع النص بذلك حالة ما إذا عهد الفضولى بالعمل لنائب من مبدأ الأمر وقبل أن يتولاه بنفسه . (٢) ويستوى فى ذلك أن يكون الأصل فى التصرف القانونى هو رب العمل أو الفضولى .

(٣) ولم يكن هناك نص فى القانون القديم يعطى لرب العمل هذه الدعوى المباشرة . فهى دعوى قد استحدثها القانون الجديد . وليس لهذا الحكم المستحدث أثر رجعى . فلو أن نائباً عهد إلى نائب أن يقوم بالعمل وكان ذلك قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فإن رب العمل لا تكون له دعوى مباشرة قبل نائب الفضولى عن عمل قام به النائب قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . ولكن يجوز القول ، تطبيقاً لنظرية الأثر الفورى (effet immédiat) ، بأن رب العمل تكون له دعوى مباشرة قبل نائب الفضولى عن عمل قام به هذا منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أى منذ سريان القانون الجديد .

مباشرة على هذا النائب» (١).

بقي أن نعرف هل يكون رب العمل - هو أيضاً - مسؤولاً عن التزاماته مباشرة قبل نائب الفضولي ؟ لا يوجد نص على هذه العلاقة ، كما وجد النص في حالة نائب الوكيل (٢) وفي حالة المفاوض من الباطن (٣) . فلا يجوز القول بها . ويبقى رب العمل ملتزماً نحو الفضولي نفسه ويكون الفضولي ملتزماً نحو نائبه .

٨٨٣- التضامن في المسؤولية عند تعدد الفضولي : ولما كان خطأ الفضولي

في الفضالة على النحو الذي قدمناه ليس بالخطأ التقصيري . فإن الفضولين في حالة التعدد إذا وقع خطأ منهم وهم يقومون بعمل واحد لا يكونون مسؤولين بالتضامن إلا إذا وجد نص يقرر التضامن . وقد أورد القانون الجديد هذا النص على خلاف القانون القديم الذي كان ينص صراحة على عدم التضامن (م ٢١٠/١٤٩ قديم) . فجاء في الفقرة الثالثة من المادة ١٩٢ ما يأتي : « إذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد كانوا متضامنين في المسؤولية » . ولولا هذا النص لانعدم التضامن بين الفضولين (٤).

ويلاحظ أن شرط التضامن هو أن يتعدد الفضوليون في عمل واحد . أما إذا تولى كل فضولي عملاً مستقلاً عن عمل الآخر ، فلا يكون هناك تضامن (٥) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ويسأل الفضولي كذلك باعتباره متبوعاً عن خطأ من ينبيه عنه ، كما أن هذا الأخير يسأل مباشرة قبل رب العمل » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٦) .

(٢) أنظر المادة ٧٠٨ فقرة ثالثة من القانون المدني الجديد .

(٣) أنظر المادة ٦٦٢ من القانون المدني الجديد .

(٤) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « وعند تعدد المتصددين لشأن واحد من الفضولين ، يسألون عن خطئهم على وجه التضامن . ولما كان هذا الخطأ يفاير صنوه في نطاق المسؤولية التقصيرية ، لذلك كان من الضروري تقرير التضامن بين هؤلاء المتسولين بنص خاص » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٦) . أنظر أيضاً فيما يتعلق بتضامن الوكلاء عند تعدد المادة ٧٠٧ من القانون المدني الجديد .

(٥) وقد رأينا في الأعمال التحضيرية أن ذكر في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ أنه « يجب أن يكون هناك ارتباط في العمل بين الفضولين » حتى يقوم التضامن فيما بينهم (مجموعة أعمال تحضيرية ٢ ص ٤٧٧) - وهذا وتضامن الفضولين حكم استحدثه القانون الجديد كما =

د . الالتزام الرابع - تقديم الفضولي حساباً لرب العمل ورد ما استولى عليه بسبب الفضالة :

٨٨٤- **النصوص القانونية:** تنص المادة ١٩٣ على ما يأتي: «يلتزم الفضولي بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة وتقديم حساب عما قام به» (١) .

ونصت المادة ٧٠٦ بالنسبة إلى التزام الوكيل بتقديم الحساب على ما يأتي :

١ - ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه .

٢ - وعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وعليه أيضاً فوائد ما تبقى في ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعلن .

٨٨٥- **تطبيقات هذه النصوص :** ويترتب على تطبيق هذه النصوص ما يأتي :

١ - إذا قام الفضولي بتصرف قانوني عقده نيابة عن رب العمل ، فإن هذا التصرف ينفذ مباشرة في حق رب العمل كما سبق القول . وإذا مضى الفضولي في تنفيذ هذا التصرف باسم رب العمل ، كما إذا استوفى حقاً ، فإنه يقبض الحق كوكيل . ولا يجوز له أن يستعمل المال لصالح نفسه . وإن فتل فعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه بالسعر القانوني (أي : في المائة) من وقت استخدامها ، لا من وقت المطالبة القضائية ولا من وقت

= رأينا ، فلا يكون له أثر رجعي . فلو أن الفضولين قاموا بعمل واحد قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لما كانوا مسئولين عنه بالتضامن . أما إذا قاموا بهذا العمل في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو بعد ذلك فإنهم يكونون مسئولين بالتضامن حتى لو قامت الفسالة قبل هذا التاريخ ، وذلك تطبيقاً لنظرية الأثر الفوري (effet immédiat) .

(١) **تاريخ النص:** ورد هذا النص كما هو في المادة ٢٦٧ من المشروع التمهيدي . وأقرت لجنة المراجعة وأصبح المادة ١٩٩ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب عليه كما هو تحت رقم ١٩٩ . كما وافقت عليه لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٩٣ ، ووافق عليه مجلس الشيوخ دون تعديل كذلك . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٩) .

وورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : «يراعى أن الفضولي يلزم برد ما استولى عليه بسبب الفضالة وتقديم حساب لرب العمل عما قام به ، وهو من هذه الجهة أُلزم يلتزم به الوكيل» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٩) .

الإعذار . أما إذا لم يستعمل المال لصالح نفسه ، فإن فوائده بالسعر القانوني تجب عليه من وقت إعذاره برد المال .

٢ - إذا قام الفضولي بتصرف قانوني عقده باسمه الشخصي لصالح رب العمل ، فإن هذا التصرف ينفذ في حقه لا في حق رب العمل كما سبق القول . ويجب عليه أن يحمي في العمل وأن ينفذ التصرف عند الاقتضاء . فإذا باع محصولات يسرع إليها التلف ، وقبض الفن ، فلا يجوز له أن يستعمله لصالح نفسه ، وإلا وجبت عليه فوائده بالسعر القانوني من وقت استخدامه . وعليه أن يرده لرب العمل ، وإذا لم يستخدمه لصالح نفسه وجبت عليه فوائده القانونية من وقت الإعذار .

٣ - إذا قام الفضولي بعمل مادي ، كما إذا جنى محصولاً لرب العمل ، فعليه أن يسلمه إياه بمجرد التمكن من ذلك . ولا يجوز له أن يستولي عليه لصالح نفسه ، وإلا ألزم بالتعويض .

٢٩ - ما تشترك فيه التزامات الفضولي من أحكام

(أهلية الفضولي - الأثر الذي يترتب على موت الفضولي أو موت رب العمل - تقادم التزامات الفضولي)

١ - أهلية الفضولي :

٨٨٦ - أهلية الفضولي بالنسبة إلى التصرف القانوني الذي يتولاه : حتى

تعيين بوضوح الأهلية اللازمة للفضولي يجب التمييز بين أهليته بالنسبة إلى ما عسى أن يتولاه من تصرف قانوني وأهليته بالنسبة إلى أعمال الفضالة باعتبارها جميعاً أعمالاً مادية كما سبق القول .

فإذا كان العمل الذي يتولاه الفضولي تصرفاً قانونياً عقده باسم رب العمل نيابة عنه ، فقد قدمنا أن أهلية الفضولي بالنسبة إلى هذا التصرف هي أهلية الوكيل ، فيكفي فيه التمييز ولا تشترط فيه الأهلية الكاملة للتصرف الذي يتولاه . وإنما تشترط هذه الأهلية الكاملة في رب العمل الذي ينصرف إليه مباشرة أثر التصرف .

وأما إذا كان العمل الذي يتولاه الفضولي تصرفاً قانونياً عقده باسمه

الشخصى . فلا بد أن تتوافر فيه الأهلية الكاملة هذا التصرف لأنه هو الذى يلتزم به كما رأينا ، ولا يشترط فى رب العمل أية أهلية بالنسبة إلى هذا التصرف إذ يعتبر من الغير فيه .

٨٨٧ - أهلية الفضولى بالنسبة إلى أعمال الفضالة باعتبارها جميعاً

أعمال مادية: أما إذا نظرنا إلى أعمال الفضالة باعتبارها أعمالاً مادية بالنسبة إلى رب العمل - وقد رأينا فيما تقدم أن جميع الأعمال التى يقوم بها الفضولى . حتى التصرفات القانونية التى يعقدها باسمه أو باسم رب العمل . تعتبر بالنسبة إلى رب العمل أعمالاً مادية - فإن أهلية الفضولى للالتزام بهذه الأعمال تقتضى دائماً أن يكون من أهل التمييز ، إذ يشترط فيه كما قدمنا القصد فى أن يعمل لمصلحة رب العمل . ثم هى بعد ذلك تختلف باختلاف ما يلتزم به . وقد علمنا أن التزامات الفضولى أربعة . اثنان منها - الماضى فى العمل وإخطار رب العمل - لا يقتضيان أكثر من أهلية التمييز . فيجب على الفضولى ولو لم يكن بالغاً سن الرشد . ما دام مميزاً ، أن يحضى فى العمل الذى بدأ فيه وأن يحظر به رب العمل متى استطاع ذلك . وإذا هو أخل بأحد هذين الالتزامين كان هذا إخلالاً بالتزام قانونى ، واعتبر خطأ تقصيرياً يوجب مسئوليته التقصيرية كاملة . والالتزامان الآخريان - بذل العناية الواجبة فى إدارة العمل وتقديم الحساب - هما التزامان يتعلقان بحسن إدارة مال الغير ، ويشترط فيمن يطلب منه حسن إدارة مال الغير أن يكون كامل الأهلية . أما إذا لم تكن الأهلية الكاملة متوافرة فيه . فلا يكون الرجوع عليه إلا بدعوى الإثراء بلا سبب ، وهذا ما لم يرتكب خطأ تقصيرياً فتكون مسئوليته التقصيرية كاملة .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٩٦ على ذلك فيما يأتى : « إذا لم تتوافر فى الفضولى أهلية التعاقد فلا يكون مسئولاً عن إدارته إلا بالقدر الذى أثرى به ، ما لم تكن مسئوليته ناشئة عن عمل غير مشروع (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد النص بفقرته كما هو فى المادة ٢٧٠ من المشروع التمهيدى . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٠٢ ، ثم وافق عليه مجلس النواب تحت الرقم ذاته . وأرجأت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ البت فى النص ثم أقرته دون تعديل تحت رقم ١٩٦ . =

ويستخلص من ذلك أن الفصولى إذا كان كامل الأهلية . كما هو عليه
كاملة عن الالتزام ببذل العناية الواجبة فى القيام بأعمال الفضالة وعن الالتزام
بتقديم حساب عن إدارته . أما إذا كان ناقص الأهلية . فلا يكون مسؤولاً
إلا بالقدر الذى أثرى به . فإذا ارتكب خطأ فى الفضالة . أو قصر فى تقديم

== ووافق عليه مجلس الشيوخ كما هو (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٦ — ص ٤٨٨).
وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد الفقرة الأولى من هذا النص
ما يأتي : « تقتضى التزامات الفصول — وهى التزام المضي في العمل والتزام بذل عناية الشخص
المعتاد والتزام تقديم الحساب — توافر أهلية التعاقد فيه ، ما دام وضعه مماثل وضع الوكيل من
هذا الوجه . وتقريباً على ذلك قضت الفقرة الثانية من المادة ٦١ من المشروع الفرنسى
الإيطالى « بأن من لا تتوافر فيه أهلية قبول التوكيل لا يكون أهلاً للالتزام بطريق الفضاة » .
واستدرك النص فقرر أن الفصول يسأل مع ذلك عما يحدث من ضرر ، ويلزم بقدر ما يثرى
بغير سبب . فإذا لم يكن الفصول أهلاً للتعاقد ، فلا يسأل عن إدارته إلا وفقاً لقواعد الإثراء
بلا سبب وقواعد المسؤولية التقصيرية . فمسئوليته والحال هذه تقتصر على القدر الذى أثرى به
على ألا يتجاوز هذا القدر ما انفقر به رب العمل . ثم إن تلك المسؤولية ليس أساسها خطأ
قوامه التعريض في بذل عناية الشخص المعتاد ، بل يجب لرتبها إقامة الدليل على وقوع عمل غير
مشروع من الفصول متى كان بداهة غير مجرد من التمييز » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢
ص ٤٨٦ — ص ٤٨٧) .

ونحن نأخذ على ما جاء في المذكرة الإيضاحية أن العبارة الأخيرة منها تخط ما بين الخطأ في الفضالة ، ومسئولية الفضول ناقص الأهلية عنه مسئولية غير كاملة في حدود الإثراء بلا سبب ، والخطأ القصيرى ، ومسئولية الفضول عنه مسئولية كاملة حتى لو كان ناقص الأهلية . ونأخذ عليها أيضاً أنها لم تميز تمييزاً واضحاً بين أهلية الفضول بالنسبة إلى التصرف القانونى الذى قد يتولاه وأهليته بالنسبة إلى أعمال الفضالة باعتبارها جميعاً أعمالاً مادية ، ثم فيما يتعلق بهذه الأعمال لم تميز كذلك بين التزام الفضول بالمضى في العمل والإخضرار عنه والتزامه ببذل العناية الواجبة وتقديم الحساب .

وعذرنا — ونحن الذين وضعنا المذكرة الإيضاحية — أن هذه المسألة الدقيقة يضطرب القول فيها عادة ، ولا يكاد الفقهاء يجمعون فيها على رأى . وقد استقر بنا الرأى بعد تجميع على ما قررناه فيما تقدم (قارن الموجز للمؤلف فقرة ٤٠٩ ص ٤٠٥ — الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ٥٦٢ — الدكتور أبو عافية في التصرف القانونى المجرىد النسخة الفرنسية ص ١٦٧ هامش رقم ٧ — الدكتور غم وحية في النظرية العامة للالتزامات فقرة ٣٧٧ — واتنن ٢ ص ١٥٨ — ص ١٤٩ — دى هلنس ٢ ص ٣٠١ فقرة ٤٦ — بلانيول وريبير وإسمان ٧ فقرة ٧٢٩ — أوبرى ورو ٦ ص ٢٩٣ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٩٩ — كولان وكايتان ٢ ص ٧٢١ — ديميج ٣ فقرة ٢٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢١٨) .

الحساب لرب العمل . أو لم يسلمه ما استولى عليه بسبب الفضالة ، وأصاب رب العمل ضرر من جراء ذلك ، فلا يكون الفضولي ناقص الأهلية مسئولاً إلا في حدود الإثراء بلا سبب ، ولا يلتزم إلا بأقل القيمتين : ما انتفع به فعلاً وما أصاب رب العمل من ضرر . كل هذا ما لم يرتكب الفضولي خطأ تقصيرياً خارجاً عن أعمال الفضالة — وقد ميزنا فيما تقدم بين الخطأ التقصيري والخطأ في الفضالة — فتكون مسئولية الفضولي عن الخطأ التقصيري مسئولية كاملة حتى لو كان ناقص الأهلية .

وبستخلص مما قدمناه عن الأهلية في دعوى الإثراء بلا سبب وفي دعوى غير المستحق وفي دعوى الفضالة ، أن المثرى لا تشتط فيه أية أهلية ، فهو يلتزم بالإثراء حتى لو كان ناقص الأهلية ، بل حتى لو كان عديم التمييز . أما المدفوع له في دعوى غير المستحق ، أو الفضولي في دعوى الفضالة ، فيشترط فيه كمال الأهلية ، وإلا لم يكن مسئولاً إلا في حدود الإثراء بلا سبب .

ب — أثر موت الفضولي أو موت رب العمل في التزامات الفضولي :

٨٨٨ — النصوص القانونية : تنص المادة ١٩٤ على ما يأتي :

- ١ — إذا مات الفضولي التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً لأحكام المادة ٧١٧ فقرة ٢ .
- ٢ — وإذا مات رب العمل بقي الفضولي ملتزماً بنحو الورثة بما كان ملتزماً به بنحو مورثهم (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٦٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

١ — تنقضى الفضالة بموت الفضولي ، ومع ذلك يلتزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً لأحكام المادة ٩٩٦ فقرة ٢ . — ولا تنقضى الفضالة بموت رب العمل ، ويبقى الفضولي ملتزماً بنحو الورثة بما كان ملتزماً به بنحو مورثهم . وفي لجنة المراجعة اقترح إدخال تعديل في الصياغة يقصر النص على الحكم المطلوب فأقرته اللجنة وأصبح النص التام ما يأتي :

- ١ — إذا مات الفضولي التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً لأحكام المادة ٧٩٤ .
- ٢ — إذا مات رب العمل بقي الفضولي ملتزماً بنحو الورثة بما كان ملتزماً به بنحو مورثهم . وأصبح رقم المادة ٢٠٠ في المشروع التامى — ووافقت لجنة مجلس النواب على المادة بعد أن أضافت إلى آخر الفقرة الأولى كلاً من « فقرة ٢ » ، واستبدلت رقم ٧٤٨ برقم ٧٤٩ — ووافق مجلس النواب « لجنة كبار أعضاء اللجنة » تحت رقم ٢٠٠ — وفي لجنة القانون الدنى مجلس الشيوخ ووافق =

وتنص المادة ٧١٧ فقرة ٢ على ما يأتي :

« وفي حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل يجب على ورثته ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم ، وأن يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح الموكل » .

ويخلص من هذه النصوص أنه يجب التمييز بين فرضين : موت الفضولي وموت رب العمل .

٨٨٩- موت الفضولي : تنقضي الفضالة بموت الفضولي كما تنقضي

الوكالة بموت الوكيل ، وبذلك تنقضي التزامات كل من الفضولي والوكيل . أما ورثة الفضولي فيلتزمون التزاماً شخصياً مباشراً بما تلزم به ورثة الوكيل . وهؤلاء ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، يلتزمون بالمبادرة إلى إخطار الموكل بموت الوكيل ، وباتخاذ التدابير المناسبة لصالح الموكل تبعاً لما تقتضيه الحال . وبذلك أيضاً تلزم ورثة الفضولي إذا كانوا كاملي الأهلية وعلى علم بالفضالة . فعليه أن ينحطروا رب العمل بموت مورثهم . وعليهم أيضاً أن يحافظوا على ما تم من عمل بأن يصلوا به إلى حالة لا يتعرض معها للتلغ حتى يتمكن رب العمل من أن يباشر العمل بنفسه .

٨٩٠- موت رب العمل : هنا تختلف الفضالة عن الوكالة . فالوكالة تنقضي

بموت الموكل (م ٧١٤) ، ومتى انقضت وجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلغ (م ٧١٧ فقرة ١) . أما الفضالة فلا تنقضي بموت رب العمل ، بل يبقى الفضولي قائماً بالتزاماته نحو الورثة كما

= على المادة دون تعديل بعد استبدال رقم ٧١٧ برقم ٧٤٨ وأصبح رقم المادة ١٩٤ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٨٠ - ٤٨١) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « يظل الفضولي مرتبطاً بالتزاماته هذه ولو مات رب العمل . وفي هذه الحالة يلتزم قبل الورثة إذ يؤول إليهم ما كان لمورثهم من حقوق في هذا الصدد من طريق الميراث . بيد أن التزامات الفضولي تنقضي على قبض ذلك بموته ولا تنتقل إلى ورثته . ومع ذلك فيلزم هؤلاء الورثة التزاماً شخصياً مباشراً بما يلتزم به ورثة الوكيل » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٨٠) .

كان قائماً بها نحو رب العمل . ولا يكثر أن يصح الفصولى بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف ، كما تأمل ورثة الوكيل وكما تفعل ورثته إذا مات هو ، بل يجب عليه أن يستمر فى العمل لصالح ورثة رب العمل الذين حلوا محل مورثهم .

والسبب فى أن الفضالة لا تنتهى بموت رب العمل أن موقف الفصولى من ورثة رب العمل هو عين موقفه من رب العمل نفسه ، فهو فصولى بالنسبة إليهم كما كان فصولياً بالنسبة إلى مورثهم . فلا معنى لانقضاء الفضالة بموت رب العمل . وهذا بخلاف الوكالة ، فإن العلاقة بين الوكيل والموكل علاقة شخصية قامت على اتفاق بينهما ، فإذا مات الموكل لم يجبر الوكيل على البقاء فى علاقة شخصية مع ورثة لم يتفق معهم على هذه العلاقة . أما أن كلا من الفضالة والوكالة تنقضى بموت الفصولى أو الوكيل . فذلك لأن الفصولى أو الوكيل هو الذى يقوم بالعمل ، فلا محل للإلزام الورثة بما التزم به مورثهم .

ح - تقادم التزامات الفصولى :

٨٩١- تنص المادة ١٩٧ على أنه «تسقط الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه كل طرف بحقه . وتسقط كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق» (١) .

ويستخلص من هذا النص أن الفصولى إذا لم يقم بالتزاماته ، بأن لم يمتص فى العمل أو لم يخطر رب العمل بتدخله أو لم يبذل العناية الواجبة أو لم يقدم حساباً عن عمله ، فإن رب العمل يستطيع مقاضاته ليلزمه بتنفيذ التزاماته هذه عيماً أو بطريق التعويض .

وتسقط هذه الدعوى الناشئة عن الفضالة بأقصر المدتين : ثلاث سنوات

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٧١ من المشروع التمهيدي مع زيادة كلمة «التقادم» فى صدر النص . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٠٣ فى المشروع التام . ووافق عليه مجلس النواب تحت الرقم ذاته . وأقرته لجنة القانون الدينى بمجلس الشيوخ مع حذف كلمة «التقادم» تحت رقم ١٩٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته اللجنة (مجموعة الأعمال الحضرية ٢ ص ٤٨٨ - ص ٤٨٩) . وحذفت كلمة «التقادم» لأن معنى التقادم واضح بعونها ، فلا ضرورة لها .

من اليوم الذى يعلم فيه رب العمل بحقه . أو خمس عشرة سنة من وقت نشوء هذا الحق . ومدة التقادم هذه هى عينها مدة التقادم فى دعوى الإثراء بلا سبب وفى دعوى غير المستحق .

ونشير هنا إلى ما سبق أن قررناه فى الدعويين الأخيرتين . من أن التقادم بثلاث سنوات يتم غالباً قبل التقادم بخمس عشرة سنة . ولكن قد يقع أن رب العمل لا يعلم بحقه إلا بعد مدة طويلة ، إذا فرضناها أكثر من اثنتى عشرة سنة ، فإن الدعوى تتقادم فى هذه الحالة بخمس عشرة سنة من وقت قيام الالتزام قبل تقادمها بثلاث سنوات من وقت علم رب العمل بحقه فى الرجوع على الفضولى .

المطلب الثانى

الالتزامات رب العمل

٨٩٢- ماهى هذه الالتزامات وما هو مصدرها : تنص المادة ١٩٥ على

على أنه « يعتبر الفضولى نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص العادى ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة . وفى هذه الحالة يكون رب العمل مازماً بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه ، وأن يعرضه عن التعهدات التى التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها ، وأن يعرضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل . ولا يستحق الفضولى أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

١ - يعتبر الفضولى نائباً عن رب العمل فى حدود إدارته الحسنة ، فإذا حسنت هذه الإدارة ، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة منها ، كان رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التى عقدها باسمه الفضولى ، وأن يعرضه عن التعهدات التى التزم بها شخصياً ، وأن يرد له كل النفقات الضرورية والنافعة التى تسوغها الظروف ، مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها ، وأن يعرضه تمريضاً عادلاً عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل . ٢ - ولا يستحق الفضولى أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته » - وقد أقرت لجنة المراجعة النص بعد استبدال كلمة « سوغتها » بكلمة « تسوغها » تحت رقم ٢٠١ فى المشروع النهائى - ووافق مجلس النواب على النص =

- ويتبين من هذا النص أن رب العمل ترتب في ذمته التزامات أربعة :
- ١ - أن ينفذ التعهدات التي عقدها الفصولى بالنسبة عنه .
 - ٢ - أن يعرض الفصولى عن تعهدات التي عقدها هذا باسمه شخصياً .
 - ٣ - أن يرد إلى الفصولى النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها . وبأن يدفع له أجراً على عمله إذا كان العمل الذى قام به الفصولى يدخل في أعمال مهنته .
 - ٤ - أن يعرض الفصولى عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل .
- بقى أن نبين مصدر هذه الالتزامات الأربعة .

فأول التزام منها - وهو الالتزام بتنفيذ التعهدات التي عقدها الفصولى بالنسبة عن رب العمل - مصدره النيابة القانونية . وهى نيابة أنشأها القانون بصريح النص في صدر المادة ١٩٥ إذ يقول : « يعتبر الفصولى نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادى ولم تحقق النتيجة المرجوة » .

== دون تعديل تحت رقم ٢٠١ - وفي لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اعترض على عبارة « في حدود إدارته الحسنة فإذا حسنت هذه الإدارة » الواردة في أول الفقرة الأولى ، واقرحت الإحالة إلى المعيار السابق النص عليه في المادة ١٩٨ . كما اقترح استبدال كلمة « الحسنة » بكلمة « باسمه » وحذف كلتي « كل » و « شخصياً » وعبارتي « التي سوغتها الظروف » و « تمريضاً عادلاً » . كذلك اقترح جعل المادة فقرة واحدة . فوافقت اللجنة على كل ذلك . وقد اقتضت الصياغة حذف كلمتي « منها كان » والاستعاضة عنهما بعبارة « وفي هذه الحالة يكون » . وبذلك أصبح نص المادة كالآتي : « يعتبر الفصولى نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادى ولم تحقق النتيجة المرجوة . وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها لحسابه الفصولى ، وأن يعرضه عن التعهدات التي التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها وأن يعرضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل . ولا يتحقق الفصولى أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته » . وفي جلسة أخرى وافقت اللجنة على إعادة العبارة التي سبق لها أن حذفها وهى « التي سوغتها الظروف » ، وكتبت في تقريرها ما يأتي : « عدلت اللجنة الفقرة الأولى وأدجبت فيها الفقرة الثانية ، وخلاصة التعديل أن اللجنة استبدلت بعبارة « في حدود إدارته الحسنة » عبارة « متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادى » حتى لا يتبادر إلى الذهن أن النص يأخذ بمعيار غير المعيار الذى قرره المادة ١٩٨ ، وهذبت صياغة المادة تهذيباً لفضاً يتناسب مع هذا التعديل وأصبح رقبها ١٩٥ » .

ثم وافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٨٢ - من ٤٨٥) .

والالتزامات الثلاثة الأخيرة - تعويض الفصول عن التعهدات التي عقدها باسمه . ورد النفقات والأجر . وتعويضه عن الضرر - مصدرها الإثراء بلا سبب . ومن هنا تتصل الفضالة بقاعدة إثراء . ذلك أن الفصول بما أداها من مصلحة لرب العمل قد تحمل تكاليف وتكبد نفقات وتجشم ضرراً ، فله أن يسترد هذه التكاليف وأن يسترجع هذه النفقات وأن يعرض عن هذا الضرر . وهو يسترد ما غرمه كاملاً . لا في حدود إثراء رب العمل فحسب . وفي هذا يتميز الفصول عن المفتقر لمصلحة الغير ، لأن الفصول متفضل انصرفت نيته إلى تحقيق مصلحة لرب العمل كما قدمنا .

ونستعرض : (أولاً) التزامات رب العمل الأربعة (ثانياً) ما تشترك فيه هذه الالتزامات من أحكام ، تتعلق بأهلية رب العمل ، وبالأثر الذي يترتب على موت رب العمل أو موت الفصول ، وبتقادم هذه الالتزامات .

١٤ - التزامات رب العمل الأربعة

١ . الالتزام الأول - تنفيذ التعهدات التي عقدها الفصول بالنيابة عنه :

٨٩٣- رأينا أن الفصول قد يعقد تصرفاً قانونياً بالنيابة عن رب العمل .

فإذا كانت أركان الفضالة متوافرة في هذه الحالة ، فإن الفصول يعتبر نائباً عن رب العمل . وهذه النيابة قانونية تقررت بنص في القانون كما رأينا ، بخلاف نيابة الوكيل عن الموكل فهي نيابة اتفاقية تقررت بعقد الوكالة . وينبئ على ذلك أن العقود التي يبرمها الفصول بالنيابة عن رب العمل ينصرف أثرها مباشرة إلى رب العمل ، في الحقوق التي أنشأتها وفي الالتزامات التي رتبها ، فيعتبر رب العمل هو الدائن في هذه العقود أو المدين . وباعتباره مديناً يلتزم كما قلنا بتنفيذ الالتزامات التي رتبها هذه العقود . ومن ثم نرى أن هذا الالتزام الأول إنما هو النتيجة المباشرة لفكرة النيابة التي تقوم عليها الفضالة (١) .

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يلزم رب العمل أولاً بالوفاء بما تعهد به الفصول . وينبئ التفرقة في هذا الصدد بين فرضين : فإذا كانت هذه التعهدات قد تولى عقدها الفصول باسم رب العمل بأن أضاف العقد إليه . ألزم =

ب . الالتزام الثاني - تعويض الفضولى عن اشتبهات التى عقدتها هذه

باسمه شخصياً :

٨٩٤- قدمنا أن الفضولى قد يتعاقد باسمه شخصياً لمصلحة رب العمل . فقد يتفق شخصياً مع مقاول لإصلاح منزل لرب العمل . فينشئ عقد المفاوضة فى ذمة الفضولى التزامات نحو المقاول . فيلتزم رب العمل فى هذه الحالة أن يعرض الفضولى عن هذه الالتزامات . وإذا كان الفضولى هو الذى يؤديها للمقاول ، فإنه يرجع بما يؤديه على رب العمل ، مضافاً إليه الفوائد بالسعر القانونى (٤ فى المائة) من يوم أن أدى ، ذلك أن الالتزامات التى أداها تعتبر نفقات ترد بفوائدها على ما سئرى .

كذلك الكفيل إذا كان فضولياً بالنسبة إلى المدين الأصلي . فكفله متطوعاً . لا مأموراً بالكفالة ولا منهاً عنها . يلتزم التزاماً شخصياً نحو الدائن . أن يوفى له الدين إذا لم يوفه المدين الأصلي . فإذا أدى الدين للدائن . رجع بدعوى الفضالة على المدين بما أداه . مضافاً إليه المصروفات والفوائد

== هذا مباشرة بمقتضى النياية القانونية التى تنشأ عن الفضالة ، وبهذا يصبح رأساً دائماً أو مديناً لمن تعاقد معه الفضولى . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٣) .

هذا وقد خلطت محكمة الاستئناف المختلطة فى العهد الأول ما بين الفضالة والإنراء بلا سبب عندما قضت بما يأتى : «الأوراق المالية التى جعل لها غوردون باشا سعراً إجبارياً فى أثناء حصار الخرطوم ليست أوراقاً تجارية بل هى أوراق نقدية حقاً . ولا كان إصدار الأوراق النقدية هو من حق الحكومة وحدها ، ولم تفوض هذا الحق إلى غوردون باشا ، فإن هذه الأوراق لا يمتنع بها على الحكومة المصرية . ومع ذلك يجوز لحامل هذه الأوراق الحسى النية أن يطالبوا برد قيمتها إذا تم أثبتوا أنهم قدموا للحكومة أو لعملائها من المؤن والبضائع ما يساوى هذه القيمة . » (استئناف مختلط فى ١٧ مايو سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للحكام المختلطة ١٣ ص ٢٢٤) . والظاهر أن المحكمة طبقت فى هذه القضية قاعدة الإنراء بلا سبب وإن كانت لم تفصح عن ذلك . والصحيح هو ما قاله مارافان من أن غوردون باشا عند ما أصدر هذه الأوراق النقدية كان يعمل باسم الحكومة المصرية ، عن طريق الفضالة لأنه لم يتلق تفويضاً منها ، فتصبح الحكومة المصرية مدينة مباشرة لحامل هذه الأوراق لأن غوردون باشا كان نائباً عنها فى هذا التصرف القانونى (أنظر مارافان المجلة المصرية سنة ١٩٤٩ عدد ناير وفبراير ص ٣٠ - ص ٣١) .

ح. الالتزام الثالث - رد النفقات الضرورية والنافعة ودفع الأجر:

٨٩٥- النفقات الضرورية والنافعة: يلتزم رب العمل أن يرد للفضولي

«النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف، مضافاً إليها فوائد لها من يوم دفعها». فإذا قام الفضولي بترميم منزل لرب العمل، فإنه ينفق في ترميمه مصروفات ضرورية. وإذا ما جنى له محصولاً يسرع إليه التلف، فإنه يدفع أجر الأيدي العاملة لجنى المحصول. وقد يرى من الخير أن يخزن المحصول تمهيداً لبيعه. فيدفع مصروفات التخزين، وهذه مصروفات نافعة تسوغها الظروف. كل هذه المصروفات الضرورية، والمصروفات النافعة التي سوغتها الظروف (٢)، يرجع بها الفضولي على رب العمل. بل ويرجع بفوائد ما أنفق بالسعر القانوني (٤ في المائة) من وقت الإنفاق. وفي هذا استثناء من القواعد العامة تقرر لمصلحة الفضولي، فإن الفوائد القانونية لا تستحق طبقاً لهذه القواعد إلا من وقت المطالبة القضائية (٣). ويلاحظ أن المصروفات النافعة يجب ألا تكون فاحشة، فلا يجوز للفضولي أن يُفرض في هذه المصروفات حتى لو كان النفع منها محققاً، بل يجب أن يقف في هذا عند حد معقول

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي: «أما إذا تعاقد الفضولي باسمه شخصياً، فإن أضاف العقد إلى نفسه لا إلى رب العمل، فلا يصبح هذا دائماً أو مديناً لمن تعاقد معه الفضولي من الأغيار، وإنما ترجع حقوق العقد والزاماته إلى الفضولي. ولكن رب العمل يلزم بتعويض عن جميع ما عقد من التعهدات على هذا الوجه وفقاً لقواعد الإنثراء بلا سبب». (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٤٨٣). ويلاحظ أن المادة الأخيرة من المذكرة الإيضاحية «وفقاً لقواعد الإنثراء بلا سبب» إنما يراد بها أن يكون التعويض قائماً على أساس الإنثراء بلا سبب، لا أن التعويض يكون أقل القيمتين.

(٢) وقد قضت محكمة المتصورة الجزئية المختلطة بأن دعوى الفضالة تجعل للفضولي الحق في أن يسترد المصروفات النافعة، مادامت هذه المصروفات كانت نافعة وقت إنفاقها، حتى لو كان النفع الذي كان ينجم عنها لم يتحقق أو زال بعد تحققه (١٢ أغسطس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٥ رقم ١٩٩ من ٣١٧).

(٣) وقد قضت محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة بأن للفضولي الحق في استرداد المصروفات التي اقتضتها أعمال إدارته، مضافاً إليها الفوائد القانونية من وقت الإنفاق، أما في دعوى الإنثراء فلا يسترد المدعي هذه المصروفات إلا في حدود ما انتفع به المالك، ولا يتقاضى فوائد عنها إلا من وقت المطالبة القضائية (٦ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٩ من ٢٦٥).

لا يثقل كاهل رب العمل عند الرجوع عليه بها (١) .

وبلاحظ أن التزام رب العمل في رد النفقات إلى الفضولي يعدل التزام الموكل في رد النفقات إلى الوكيل . وقد قررت المادة ٧١٠ هذا الالتزام الأخير على الوجه الآتي : « على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفق في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق . وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح في تنفيذ الوكالة » .

٨٩٦-المهمر: ويدخل ضمن النفقات أجر الفضولي إذا كان العمل

الذي قام به يدخل في أعمال مهنته . فالحمى والطبيب والمهندس إذا قام أحد منهم بعمل من أعمال مهنته فضالة لمصاحبة الغير استحق أجراً على عمله . فوق المصروفات التي أنفقها . هو الأجر المعتاد لمثله .

أما إذا كان الفضولي قد قام بعمل لا يدخل في أعمال مهنته . كطبيب رمم منزل جار له . فإنه لا يأخذ أجراً على عمله . ويقتصر على استرداد المصروفات الضرورية والنافعة على النحو الذي قدمناه (٢) .

وبلاحظ أن الوكيل كالفضولي لا يستحق في الأصل أجراً على عمله . وهو كالفضولي أيضاً في أنه قد يستحق الأجر إذا كانت أعمال الوكالة داخلة في أعمال مهنته . ويختلف عن الفضولي في أنه قد يتفق مع الموكل على أجر .

(١) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا آوى صاحب فندق عاملين جرحا في حادث وعالجهما ، وقد مات أحدهما وشفي الآخر ، جاز لصاحب الفندق أن يرجع على رب العمل بجميع نفقات المأوى والعلاج ، دون تفريق بين نفقات من مات ونفقات من شفي ، وليس لرب العمل أن يعتبر هذه النفقات مصروفات زائدة على الحد الواجب ، وأن يطالب بإقصائها إلى القدر الجزافي الذي حدده قانون العمل الصادر في ٩ أبريل سنة ١٨٩٨ (محكمة النقض الفرنسية في ٢٨ فبراير سنة ١٩١٠ دالوز ١٩١١ - ١ - ١٣٧ - وانظر أيضاً تعليقا على الحكم في مجموعة كايتمان في الأحكام الرئيسية للقضاء المدني باريس سنة ١٩٥٠ ص ٤٢٥ - - ص ٤٢٧) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « والأصل أن الفضولي لا يستحق أجراً على عمله ، إذ يفرض فيه أنه يتبرع بخدمة يؤديها لرب العمل ، إلا أن هذه القرينة تسقط متى كان ما قام به الفضولي من قبيل وجوه الإفاق الحقيقية بالنسبة له ، ويتحقق ذلك إذا كان العمل الذي أداه يدخل في نطاق أعمال مهنته ، كما هو الشأن في طبيب يقوم بعلاج مريض أو مهندس يتولى ترميم عين من الأعيان ، فتعد تلك تصرفات من حقه أن يثقل بها كاهل رب العمل » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٣) .

ولا يتصور هذا الاتفاق في حالة الفسول مع رب العمل . وفي هذا المعنى تقول الفقرة الأولى من المادة ٧٠٩ : «الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمناً من حالة الوكيل » .

د . الالتزام الرابع - تعويض الفسول عن الضرر الذى لحقه :

٨٩٧ - قد يلحق الفسول ضرراً أثناء قيامه بالعمل ؛ يطفىء حريقاً فيتلف أمتعة مملوكة له ، ينقذ شخصاً موشكاً على الغرق فيصاب بضرر وهو ينقذه ، بمسك بزمام فرس جامح فيصاب بجروح بليغة . فإذا كان الضرر الذى أصابه لم يكن يستطيع أن يتوقاه ببذل المألوف من العناية ، وكان وقوعه عليه بغير خطأ منه ، فإنه يدخل ضمن التكاليف التى تجشمها أثناء القيام بعمله ، ويكون من حقه أن يرجع على رب العمل بتعويض عنه (١) .

وبلاحظ أن حق الفسول في تقاضى تعويض عما يصيبه من الضرر يعدل حق الوكيل في ذلك . وقد نصت المادة ٧١١ على أنه «يكون الموكل مسئولاً عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً» . وبلاحظ أيضاً أنه إذا تعدد رب العمل ، بأن قام فسول مثلاً بعمل لمصلحة شركاء على الشيوع . فلا تضامن بين أرباب العمل المتعدين في التزاماتهم نحو الفسول . إذ لا تضامن دون نص . وقد ورد النص في تعدد الفسول (م ١٩٢ فقرة ٣) ، وفي تعدد الوكيل (م ٧٠٧) ، وفي تعدد الموكل (م ٧١٢) ،

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا العدد ما يأتى : «ويلزم رب العمل أخيراً بتعويض الفسول تعويضاً عادلاً عما يلحقه من ضرر بسبب قيامه بالعمل . ويتحقق معنى العدالة في التعويض متى كان متناسباً مع ما لم يستطع الفسول إيقاضه من ضرر مع بذل المألوف من أسباب العناية . ويقوم حق الفسول في اقتضاء التعويض على ما يتمثل في الضرر الحادث له من إفقار » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٤) .

وتطبيقاً لحق الفسول في اقتضاء تعويض عن الضرر الذى يلحقه ، قضت محكمة الاستئناف الوطنية لسائر قطار بطل جدياً غير عادى لاقاء حادث ، فأصابه على أثر ذلك اضطراب عصي جملة غير صالح للخدمة ، بأنه ، علاوة على ما يستحقه من المكافأة طبقاً لقانون المعاشات بسبب فصله من الخدمة ، يحق له بمقتضى المبدأ المقرر في المادة ١٤٤ من القانون المدنى (م ١٩٥ جديد) أن يتقاضى تعويضاً نظير الخسارة التى درأها عن مصلحة الكفة الحديدية بانقائه حادثاً جسيماً للقطار وفي مقابل ما أصاب صحته من الضرر بسبب هذا الفعل (٢٠ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ١٠٠ ص ١٣٠ - الحقوق ٥٥ ص ٩٩) .

ولم يرد في تعدد رب العمل . والعلة في ذلك أن أرباب العمل إذا تعددوا فل أن توجد بينهم علاقة تسوغ قيام التضامن .

٢٤ - ما تشترك فيه التزامات رب العمل من أحكام

(أهلية رب العمل - الأثر الذي يترتب على موت رب العمل أو موت
الفضولى - تقادم التزامات رب العمل)

١ - أهلية رب العمل :

٨٩٨- لا تشترط أية أهلية في رب العمل . فمن لم يبلغ سن الرشد والمجنون عليه بل وغير المميز ، إذا قام فضولى بعمل لمصلحتهم ، التزموا بموه بالالتزامات التى تقدم ذكرها . ذلك أن التزامات رب العمل مصلرها الإثراء بلا سبب كما قدمنا . وقد رأينا أن المثرى يلتزم برد ما أترى حتى لو كان غير مميز . وتردد الفقرة الثانية من المادة ١٩٦ هذا المعنى إذ تقول : «أما وب العمل فتبقى مسئوليته كاملة ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد(١)» . ويضح أن يكون رب العمل شخصاً معنوياً ، كشركة أو جمعية أو مؤسسة أو جهة وقف .

ويلاحظ أن الفضولى إذا عقد تصرفاً قانونياً باسم رب العمل نيابة عنه ، فإن الأهلية الواجبة لهذا التصرف يجب أن تتوافر في رب العمل حتى ينصرف إليه مباشرة أثر التصرف . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك :

ب - أثر موت رب العمل أو موت الفضولى في التزامات رب العمل :

٨٩٩- لم يرد نص يبين أثر موت رب العمل أو موت الفضولى في

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتى : «أما ما يترتب من الالتزامات في ذمة رب العمل فلا يقتضى فيه أهلية ما ، فتصح النيابة القانونية من طريق الفضالة ولو كان الأصل غير مميز . وفي هذه الصورة يلزم الأصل بأداء ما تحمل الفضولى من نفقات وتعمير ما أصابه من ضرر بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٧) . ونلاحظ هنا أيضاً أن العبارة الأخيرة «بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب» يراد بها أن يكون التعمير قائماً على أساس الإثراء بلا سبب ، لا أن التعمير يكون أقل قيمتين .

التزامات رب العمل ، كما ورد النص الذى يبين هذا الأثر فى التزامات الفضولى (م ١٩٤) . فيجب هنا تطبيق القواعد العامة ، وتطبيقها يؤدى إلى النتائج الآتية :

إذا مات رب العمل فإن التزاماته تبقى فى تركته واجبة للفضولى ، وعلى ورثة رب العمل أن يؤدوا هذه الالتزامات من التركة .

وإذا مات الفضولى ،بقى رب العمل ملتزماً نحو ورثته . فيرد إليهم المصروفات الضرورية والنافعة وأجر الفضولى إذا استحق أجراً ، ويعوضهم عن الالتزامات الشخصية التى عقدها الفضولى باسمه وعملاً لحق به من الضرر . وكل هذه الحقوق تدخل فى تركة الفضولى وتنتقل إلى ورثته بعد موته .

ح - تقادم التزامات رب العمل :

٩٠٠- سبقت الإشارة إلى المادة ١٩٧ ، وهى تنص على سقوط الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الفضول بحقه ، وبانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه حق الفضولى . فالدعوى التى يرفعها الفضولى لمطالبة رب العمل بحقوقه ، من استرداد المصروفات والتعويض والأجر وما إلى ذلك ، تتقادم بأقصر مدتين : ثلاث سنوات من وقت علمه بقيام حقه أو خمس عشرة سنة من وقت قيام هذا الحق . وقد تتقادم الدعوى بخمس عشرة سنة قبل تقادمها بثلاث سنوات إذا لم يعلم الفضولى بقيام حقه إلا بعد نشوء هذا الحق بأكثر من اثنتى عشرة سنة . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك فى مواطن متعددة .

أما فى الوكالة فلا تتقادم التزامات كل من الموكل والوكيل إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت نفاذ هذه الالتزامات ، لأنها التزامات تعاقدية تقوم على إرادة المتعاقدين (١) .

(١) وقد كما نرى المقارنة فى مناسبات متفرقة بين الفضالة والوكالة ، وإذ فرغنا من الكلام فى الفضالة نلخص هذه المقارنة فيما يأتى :

تقترب الفضالة من الوكالة فى أن كلا منهما مصدر للنباية ، وفى أن الفضالة قد تقلب إلى وكالة إذا أجزت والوكالة تنتهى إلى فضالة إذا خرج الوكيل عن حدود وكالته أو بقى يعمل بعد انتهاء الوكالة . ويختلفان فى أن مصدر الفضالة عمل ماضى ومصدر الوكالة اتفاق ، ومن ثم لفضالة مصدر نيباية قانونية ، أما الوكالة فمصدر نيباية اتفاقية . ويختلفان كذلك فى أن عمل الفضولى قد =

== يكون تصرفاً قانونياً ، وقد يكون عملاً ملاحياً . أما عمل الوكيل فلا يكون إلا تصرفاً قانونياً .
هنا من حيث الأركان . أما من حيث الالتزامات التي تنشأ من الفضاة والوكالة فتقوم الفروق
بينها فيما على اعتبار جوهرى : هو أن رب المصل لم يغير الفضى ولم يعد إليه في أن يقوم بعمل
ما ، أما الموكل فقد اختار وكيله وعهد إليه في أن يقوم بعمله . ولكه فيه . تلك كانت التزامات
الفضولى أشد قليلاً من التزامات الوكيل ، وكانت التزامات رب العمل أخف قليلاً من التزامات
الموكل ، وإن كانت كل هذه الالتزامات في مجموعها متقاربة . ويظهر ذلك من التفصيل الآتى :
١ - يلتزم الفضولى بالمضى في العمل الذى بدأه . أما الوكيل فله بوجه عام حق الرجوع
في الوكالة .

٢ - يلتزم الفضولى بإخطار رب العمل متى تمكن من ذلك . وهذا الالتزام غير متصور
في حالة الوكيل .

٣ - يلتزم الفضولى ببذل عناية الرجل المعتاد ، سواء أخذ أجراً أو لم يأخذ . أما الوكيل
فيلتزم ببذل عناية الرجل المعتاد إذا أخذ أجراً ، فإذا لم يأخذ أجراً فلا يلتزم إلا ببذل العناية
التي يبينها في أعماله الخاصة دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد (م ٧٠٤) .
٤ - لا يعتبر الفضولى تابعاً لرب العمل . أما الوكيل فقد يعتبر تابعاً للموكل ، فيكون هنا
مشوياً عنه مسئولية التبوع عن التابع .

٥ - يرجع رب العمل مباشرة على نائب الفضولى ، ولا يرجع نائب الفضولى مباشرة على
رب العمل . أما الموكل ونائب الوكيل فيرجع كل منهما مباشرة على الآخر .

٦ - إذا تعدد الفضوليون قام بينهم التضامن ، ولا يقوم التضامن بين أرباب العمل إذا
تعددوا . أما في الوكالة فيقوم التضامن إذا تعدد الوكلاء أو تعدد الموكلون (م ٧٠٧ و م ٧١٢) .

٧ - يلتزم الفضولى بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضاة وتقديم
حساب عما قام به . وعليه ، كما على الوكيل ، فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت
استخدامها وفوائد ما تبقى في ذمته من وقت أن يعتذر .

٨ - ينصرف أثر العقد الذي أبرمه الفضولى أو الوكيل ، باسم رب العمل أو الموكل ،
مباشرة إلى هذين .

٩ - تنفى الفضاة والوكالة أيضاً في أن الفضولى أو الوكيل يندرد ما تسكفه من التزامات
ومصروفات ، ويموس عما أصابه من ضرر ، ويتقاضى فوائد ما أنفق من وقت الإهلاك . ولكن
فد يكون حق الفضولى في استرداد المصروفات النافعة التي سوغتها الظروف أصبق قليلاً من حق
الوكيل في استرداد ما أنفق في تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد — كذلك في الأجر . يأخذ الوكيل
أجراً إذا اتفق على ذلك مع الموكل أو إذا دخلت الوكالة في أعمال حرته ، أما الفضولى فلا
يأخذ أجراً إلا إذا دخلت الفضاة في أعمال حرته ولا يتصور في حالته الاتفاق على الأجر .

١٠ - أهلية الفضولى تتراوح بين التمييز والأهلية السكامة على تفصيل يختلف به عن
الوكيل . ورب العمل يختار عن الموكل في الأهلية ، إذ لا يشترط فيه أهلية ما ويشترط في
الموكل أهلية التصرف الذي وكل فيه .

١١ - موت الفضولى يقضى الفضاة ، ولا يقضيها موت رب العمل ، أما الركة فتقضى
بموت كل من الوكيل والوكيل .

١٢ - قد تقضى الالتزامات الناشئة عن الفضاة بأقل من خمس عشرة سنة . أما الالتزامات
الناشئة عن الوكالة فلا تقادم إلا بخمس عشرة سنة .

الباب الرابع

القانون

LA LOI

تمهيد

٩٠١- النصوص القانونية: تنص المادة ١٩٨ من القانون المدني الجديد

على ما يأتي :

والالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسرى عليها النصوص القانونية التي أنشأها (١).

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في نظره العامة في هذا الصدد ما يأتي : « أوجز المشروع إيجازاً بيناً فيما يتعلق بالالتزامات التي تصدر

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٧٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : ١- الالتزامات التي تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسرى عليها النصوص القانونية التي أنشأها . ٢ - ولا تشترط أية أهلية في هذه الالتزامات ، ما لم يوجد نص بغير خلاف ذلك . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لعدم الحاجة إليها ، وأصبح النص رقم المادة ٢٠٤ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رؤى مبدئياً أن الحكم الذى تضمنه النص لا لزوم له فهو تحصيل حاصل ، ولكن اللجنة لم تقطع فى ذلك برأى بات . وفى جلسة أخرى وافقت اللجنة على النص كما هو ، وأصبح رقمه ١٩٨ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٠ - ص ٤٩٣) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « كل التزام أيا كان مصدره المباشر يرجع إلى القانون ، باعتباره المصدر الأخير للالتزامات والحقوق جميعاً . فمن الالتزامات ما يكون مصدره المباشر تصرفاً قانونياً أو عملاً غير مشروع أو إرثاً بلا سبب ، ويرد فى مصدره الأخير إلى القانون . ومنها ، على تقييد ذلك ، ما يكون القانون مصدره المباشر والأخير فى آن واحد . ويراعى أن القانون يعتبر فى هذه الصورة مصدرأ وحيداً يتكفل بإنشاء الالتزام رأساً ، ويتولى تعيين مداه وتحديد مضمونه . وقد ساق التقنين البنائى فى معرض التمثيل للالتزامات التي تصدر عن نص القانون التزامات الجوار والالتزام بالإتقان على بعض الأصهار . وقد تقدم أن التزامات الفضولى ، فيما يتعلق بالمضى فى العمل والعناية المطلوبة وتقديم الحساب ، كلها ينشئها القانون رأساً ، ويفرد بذلك دون سائر مصادر الالتزام . » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٢) .

عن نص القانون مباشرة . وقد حداه على ذلك ما هو ماحوظ في ترتيب هذه الالتزامات وتنظيمها . فكل التزام منها يتكفل ذات النص المنشئ له بتعيين مضمونه وتحديد مده . فرجعها جميعاً أحكام التشريعات الخاصة بها (١) .

٩٠٢- كيف يكون القانون مصدر مباشر للالتزام : كل التزام مصدره

القانون . فالالتزام المترتب على العقد ، والالتزام المترتب على العمل غير المشروع ، والالتزام المترتب على الإثراء بلا سبب ، كل هذه التزامات مصدرها القانون . لأن القانون هو الذي جعلها تنشأ من مصادرها ، وحدد أركانها ، وبين أحكامها . ولكن هذه الالتزامات لها مصدر مباشر ، هو الذي رتب عليه القانون إنشاءها . فقد جعل القانون الالتزام ينشأ من مصادر مباشرة ثلاثة : (١) تطابق إرادتين : فكل اتفاق بين المدين والدائن على إنشاء التزام ، في الحدود التي بينها القانون ، ينشئ هذا الالتزام . ويكون مصدره المباشر هو العقد . والقانون مصدره غير المباشر . (٢) عمل غير مشروع يلحق ضرراً بالغير فكل خطأ يصدر من شخص . ويلحق ضرراً بشخص آخر ، يلزم من ارتكبه الخطأ بتعويض الضرر . ويكون المصدر المباشر للالتزام بالتعويض هو العمل غير المشروع . والقانون مصدره غير المباشر . (٣) إثراء دون سبب : فكل إثراء أصابه شخص نتيجة مباشرة لافتقار شخص آخر . ولم يكن للإثراء مصدر قانوني يستند إليه . يلزم المثرى بتعويض المفقّر . والمصدر المباشر للالتزام بالتعويض هنا هو الإثراء دون سبب . والقانون مصدره غير المباشر .

ويلاحظ في هذه المصادر المباشرة للالتزام - العقد والعمل غير المشروع والإثراء دون سبب - أن القانون اختار عملاً قانونياً . هو العقد . وعلين أدنين . هما العمل غير المشروع والإثراء دون سبب . وجعل هذه الأعمال الثلاثة مصادر عامة للالتزام . فني قام عمل منها نشأ الالتزام . دون تمييز بين حالة . حالة . فالعقد مصدر عام للالتزام . سواء كان العقد بيعاً أو هبة أو

فرضاً أو إيجاباً أو عارية أو وكالة أو غير ذلك من العقود المسماة . وسواء كان العقد مسمى أو غير مسمى ، وأياً كان الالتزام الذى ينشأ من عقد معين . ولم يخص القانون حالة دون حالة فى جعله العقد مصدراً للالتزام . والعمل غير المشروع مصدر عام للالتزام . يستوى فى ذلك أن يكون هذا العمل حادثاً من حوادث النقل ، أو حادثاً من حوادث العمل . أو خطأ فى أعمال المهنة . أو عملاً يخل بالشرف والاعتبار . أو منافسة غير مشروعة . أو تعسفاً فى استعمال الحق . أو غير ذلك من الأعمال غير المشروعة . ولم يجعل القانون العمل غير المشروع مصدراً للالتزام فى حالات دون أخرى . بل جعله مصدراً عاماً يتناول جميع هذه الحالات . والإثراء دون سبب مصدر عام للالتزام ، لا فرق فى ذلك بين إثراء إيجابى وإثراء سلبى . ولا بين افتقار إيجابى وافتقار سلبى . ولا بين قيمة مادية وقيمة معنوية . ولا تمييز بين القاعدة العامة وتطبيقاتها الخاصة من دفع غير المستحق وعمل التضوى . ولم يقصر القانون الإثراء دون سبب كمصدر للالتزام على حالة من هذه الحالات دون حالة . بل عممه عليها جميعاً . وجعله فيها كأنها مصدر للالتزام .

والى جانب هذه المصادر المباشرة يختار القانون حالات خاصة . ويرتب فى كل حالة منها التزاماً . يستند حقاً إلى عمل قانونى أو إلى عمل مادى . ولكن يستند إليه لا كمصدر عام ينشئ الالتزام فى هذه الحالة وفى غيرها من الحالات — كما فعل فى المصادر المباشرة — بل كواقعة تنشئ الالتزام فى هذه الحالة وحدها دون غيرها . وهنا إذا قيل إن العمل القانونى أو العمل المادى هو مصدر الالتزام فى هذه الحالة الخاصة كان هناك شىء من التجوز . فالواقع أن القانون ذاته هو المصدر المباشر لهذا الالتزام . إذ أنشأه ، لا عن طريق نص عام بل بنص خاص عين هذه الحالة بالذات . وحدد نطاقها . ورسم مداها . ورتب عليها حكمها . فالنص القانونى . لا العمل القانونى ولا العمل المادى — هو المصدر المباشر للالتزام (١) .

(١) فى الالتزامات ذات المصادر المباشرة يكون المصدر المباشر هو المصدر الأول للالتزام ، ثم يأتى القانون بعد ذلك مصدراً غير مباشر . أما فى الالتزامات القانونية ، والقانون —

فعل القانون ذلك في بعض الوقائع المادية وفي بعض الأعمال القانونية ،
ففي، حالات خاصة ، بعضها يستند إلى واقعة مادية وبعضها يستند إلى عمل
قانوني ، وأنشأ في هذه الحالات التزامات قانونية هو مصدرها المباشر .
أما الحالات الخاصة التي تستند إلى واقعة مادية ، فمنها التزامات الأسرة
والتزامات الجوار والتزامات الفضولي والتزام حائز الشيء بعرضه إذا كان
محلاً للنزاع (١) . وأما الحالات الخاصة التي تستند إلى عمل قانوني ، فهذه
كلها تستند إلى الإرادة المنفردة (volonté unilatérale) ، كالإيجاب الملزم
والوعد بجائزة (٢).

ويستخلص من ذلك أمران : (أولاً) : القانون هو مصدر مباشر لبعض
الالتزامات . ومن ثم لا سبيل إلى تحديد هذه الالتزامات القانونية إلا بالنص .
فالنص القانوني وحده هو الذي ينشئ هذه الالتزامات ، وهو مصدرها
الوحيد . (ثانياً) والنص وحده هو أيضاً الذي يتكفل بتعيين أركان الالتزام
القانوني وبيان أحكامه .

ونبحث كلا من هاتين المسألتين .

= هو المصدر الأول والآخر ، والنص القانوني هو الذي ينشئ الالتزام مباشرة دون أن يستند
في إنشائه إلى واقعة أخرى كمصدر مباشر .

ونرى من ذلك أن القانون يتبعى وصاينه على بعض الوقائع التي تكون مصدراً للالتزام ،
فيشكل التزاماً ، ولا يرتب الالتزام على ما يختاره منها إلا بالنص . وهو في الوقت ذاته يحرم
بعض الوقائع من هذه الوصاية ، فيجعلها مصادر عامة للالتزام ، وهذه هي القيد والعمل غير
المشروع والإثراء دون سبب .

(١) أنظر المادة ٢٧٣ من المشروع التمهيدي للقانون المدني الجديد ، وقد حذفها لجنة
المراجعة ، وسنعود إليها فيما يلي . هنا ولاحظ أن التزامات رب العمل ، بخلاف التزامات
الفضولي ، لها مصدر عام هو الإثراء بلا سبب .

(٢) وسنرى فيما يلي أن الالتزامات التي تنشأ عن الإرادة المنفردة في القانون المدني الجديد
هي التزامات أنشأتها نصوص خاصة ، فهي التزامات قانونية . ولم ترق الإرادة المنفردة في
القانون الجديد إلى أن تكون مصدراً عاماً للالتزام ، بالرغم من إفراد فصل خاص لها .

المبحث الأول

النص هو الذى ينشئ الالتزام القانوني

٩٠٣- هل هناك سياسة تشريعية نراها القانون في إنشاء الالتزامات

القانونية : رأينا أن المصدر المباشر للالتزامات القانونية هو القانون ذاته ، فلا توجد وسيلة إلى معرفة الالتزامات القانونية وتحديدتها إلا الرجوع إلى النصوص القانونية . فأبينا نجد نصاً ينشئ التزاماً ، فثم التزام قانوني . وقد يبدو أن الالتزامات القانونية ، وقد وكل أمر إنشائها إلى النصوص ، تخلفها هذه النصوص تحكماً ، دون أن تكون هناك في إنشائها سياسة مرسومة . فحيث يستحسن المشرع إنشاء التزام قانوني ، أنشأ هذا الالتزام بنص تشريعي .

وهذا هو الظاهر . ولكن الواقع من الأمر أن المشرع يخضع في إنشاء الالتزامات القانونية ، كما يخضع في إنشاء سائر العلاقات القانونية ، إلى سنن طبيعية يطيعها عن شعور أو عن غير شعور . ونبين كيف يخضع المشرع لهذه السنن الطبيعية في إنشاء الالتزامات القانونية .

المطلب الأول

الالتزامات القانونية التي تستند إلى الوقائع المادية

٩٠٤- الالتزامات الطبيعية: يبدى أن الإنسان يلتزم بإرادته في الحدود

التي يسمح بها القانون . فالالتزام الإرادي لا عناه في تبريره . وحيث يوجد التزام لا يقوم على الإرادة ، فالقانون هو الذى أوجده .

والقانون في إنشائه للالتزامات غير الإرادية يدخل في حسابه اعتبارات أدبية واجتماعية . ولكنه لا يستطيع أن ينقاد لهذه الاعتبارات وحدها ، بل يجب عليه أن يراعى اعتبارات أخرى في الصياغة القانونية ، أهمها أنه لا يستطيع

أن يصوغ التزاماً مبهماً غير محدد ، أيا كانت المبررات الأدبية والاجتماعية لإنشائه . فهو لا يستطيع مثلاً أن ينشئ التزاماً إيجابياً يفرض على كل شخص أن يساعد غيره أو أن يغيثه عند الحاجة . مثل هذا الالتزام غير المحدد مقضى عليه أن يبقى في دائرة الآداب والاجتماع . ويتناول القانون في رفق بعض نواحيه ، فيبرز منها ما يتمكن من تحديده ، ويصوغه التزامات قانونية . فينتقل بذلك من عالم الأخلاق والاجتماع إلى عالم القانون .

وأول ما استطاع القانون أن يفعل ذلك كان في الالتزامات السلبية . لأنها أسهل تحديداً وأخف عبئاً وأظهر حاجة . فأوجد التزامين قانونيين أخذ بهما الناس كافة . قال في الأول منهما : لا تضر بالغير دون حق ، فوجد العمل غير المشروع مصدراً عاماً للالتزام . وقال في الثاني : لا تثر على حساب الغير دون سبب ، فوجد الإثراء دون سبب مصدراً عاماً آخر .

وهنا وقف القانون . ولم يستطع أن يخطو خطوة ثالثة ليضع قاعدة عامة للقاعدتين الأوليين . ذلك أنه كان يقرر في هاتين القاعدتين التزامات سلبية . فإذا هو خرج من المنطقة السلبية إلى المنطقة الإيجابية ، ومن النهي عن الإضرار والإثراء إلى الأمر بالمعاونة والمساعدة ، فثم العسر والتحكم ، إذ تختلط الحدود ، وتنهب الضوابط .

٩٠٥ - الالتزامات الإيجابية: على أن القانون لم يسعه أن يقف عند

هذه الحدود السلبية ، بل تقدم إلى المنطقة الإيجابية ولكن في كثير من الأناة . وإذا كان قد استطاع كما قدمنا أن يقول في عبارة عامة : لا تضر بالغير ، ولا تثر على حساب الغير . فإنه لم يستطع أن يقول : ساعد الغير . في عبارة لها ذات العموم والشمول . قال : ساعد الغير ، ولكن في مواطن معينة رسم حدودها وأحكم ضوابطها .

فبدأ بمن ساعد الغير فعلاً من تلقاء نفسه - الفضولي - وقال له عليك أن تحضى في عملك ما دمت قد بدأت به . وعليك أن تبذل فيه عناية محمودة . عليك أن تقدم عنه حساباً . هذه هي الالتزامات القانونية التي ترتبها النصوص في ذمة الفضولي . ومصدرها القانون كما سبق أن قررنا .

ثم سار خطوة أوسع ، وأوجب مساعدة الغير ابتداء . ولكنه لم يستطع أن يرسم في ذلك التزامات محددة إلا في نطاق محدود : نطاق الأسرة وأفرادها يتصل بعضهم ببعض أوثق الاتصال ، ونطاق الجيران والصلة فيما بينهم قائمة موطدة . ونطاق أصحاب المهنة ، ونطاق الجمعيات والنقابات ، بل نظر في حالات نادرة إلى الأمة كجماعة واحدة وأوجب على أفرادها التزامات قانونية نحو المجموع أى نحو الدولة .

أما في نطاق الأسرة ، فقد أنشأ التزامات قانونية مختلفة . من ذلك التزامات الزوجية ، والالتزامات ما بين الأبوين والأبناء ، والالتزامات المتعلقة بالولاية والوصاية والقوامة ، والالتزام بالنفقة . وغير ذلك من التزامات الأسرة . وكلها تقوم على التضامن الواجب فيما بين أفرادها .

وأما في نطاق الجوار ، فهناك التزامات سلبية . كوجوب الامتناع عن إحداث مضار فاحشة للجيران . وعدم الإطلال على الجار من مسافة معينة وهناك التزامات إيجابية . كالتزام الجار نحو جاره في الشرب والحجى والمسيل والمرور ، وكالاتزامات التى تنشأ بسبب الحائط المشترك والحائط الذى يستتر به الجار ، وكالاتزامات التى تنشأ بسبب ملكية الطبقات فى المبنى الواحد .

وفى نطاق المهنة . أوجد القانون فى ذمة رب العمل التزامات نحو عماله فى تعويضهم عن مخاطر العمل . وأوجد فى ذمة أصحاب المهنة الواحدة التزامات نحو عملائهم فيحتفظون بأسرار المهنة ويبادرون إلى إسعاف من يحتاج إلى معونتهم ، وينخرطون فى سلك هيئة واحدة .

وفى نطاق الجمعيات والنقابات . أنشأ التزامات مختلفة فى ذمة أعضاء هذه الجمعيات والنقابات تقوم على التعاون فيما بينهم .

ونظر القانون إلى الأمة كجماعة واحدة . فأنشأ التزامات فى ذمة أفرادها نحو الدولة ، أهمها الالتزام بدفع الضرائب .

والقانون فى كل ما قدمناه يتوخى سياسة واحدة : لا ينشئ التزاماً قانونياً إلا وهو يقوم على التضامن الاجتماعى : ثم يكون هذا الالتزام محدد المعالم .

معروف المدى، منضبط الحدود . وقد ترك التعميم إلى التخصيص مذ جاوز النطاق السلبي إلى النطاق الإيجابي . فانتقل من الالتزامات العامة التي يكون مصدرها المباشر واقعة مادية ، إلى التزامات قانونية محددة تقوم مباشرة على نصوص قانونية خاصة .

المطلب الثاني

الالتزامات القانونية التي تستند إلى الإرادة المنفردة (*)

٩٠٦- هل تستطيع الإرادة المنفردة أن تنشئ التزاماً^(١) : رأينا فيما

تقدم أن العقد ، وهو تطابق إرادتين . يعتبر مصدراً عاماً للالتزام . فما هي قيمة الإرادة المنفردة ، وهل تستطيع أن تنشئ التزاماً ؟ وإذا كانت تنشئ الالتزام ، فهل هي كالعقد مصدر عام للالتزام ، أو أن القانون يقتصر على الاستناد إليها لإنشاء التزامات قانونية محدودة بمقتضى نصوص قانونية خاصة ؟

لا شك في أن الإرادة المنفردة ، وهي عمل قانوني صادر من جانب واحد (acte juridique unilatéral) ، تنتج آثاراً قانونية مختلفة. فقد تكون سبباً لكسب الحقوق العينية كالوصية ، وسبباً لسقوطها كالنزول عن حق ارتفاق أو حق رهن ، وقد تثبت حقاً شخصياً ناشئاً عن عقد قابل للإبطال كالإجازة . وقد تجعل عقداً يسرى على الغير كالإقرار ، وقد تنهى رابطة عقدية كعزل

(*) بعض المراجع في الإرادة المنفردة : ديوج في الالتزامات ١٨ فقرة ١٨ وما بعدها — سالي

الالتزامات فقرة ١٣٨ — فقرة ١٤٤ — ورمز (Worms) رسالة من باريس سنة ١٨٩١ — جيهير (Guilhaire) رسالة من رن سنة ١٩٠١ — إلياس (Elias) رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ — تالاندييه (Tallandier) رسالة من تولوز سنة ١٩١٢ — كولدرج (Coldberg) رسالة من فانس سنة ١٩١٣ — مارسكو (Maresco) رسالة من باريس سنة ١٩١٥ — تارد (Tard) في تطورات القانون من ١١٩ وما بعدها — ديغيه (Duguit) في تطورات القانون الخاص — نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٨٠ — فقرة ١٩٦ — الدكتور حلمي هجت بدوي بك فقرة ٧٥ — فقرة ٧٨ — الدكتور حشمت أبوستيت بك فقرة ٤٠٤ — فقرة ٤١٤ .

(١) تنقل مايل عن نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٨٠ — فقرة ١٨٥ .

الوكيل أو نزوله عن الوكالة . أما بالنسبة إلى إنشاء الحق الشخصي (الالتزام) أو إسقاطه ، فالإرادة المنفردة في القانون المدني الجديد تستق الحق الشخصي بالإبراء (م ٣٧١) . وبقي أن نعرف هل هي أيضاً تنشئ الحق الشخصي ؟ وقبل أن نعالج هذه المسألة في القانون المدني الجديد ، نستعرض فيها نظريتين متعارضتين .

فالنظرية الفرنسية تذهب إلى أن الالتزام الذي يتولد عن عمل قانوني لا يكون مصدره إلا عقداً أي توافق إرادتين . أما الإرادة المنفردة فلا تولد التزاماً . وهذه قاعدة ورثها القانون الفرنسي من تقاليد القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم ، وأصبحت من القواعد المتفق عليها فقها وقضاء في فرنسا (١) وفي مصر في عهد القانون القديم (٢) . ولكن نظرية ألمانية ذهبت إلى أن الإرادة المنفردة تنشئ التزاماً . وعلى رأس القائلين بهذه النظرية من الفقهاء الألمان سيغل (Siegel) . فقد ذهب إلى أن تقاليد القانون الحرمانى تساعد على الاعتراف بتوليد الإرادة المنفردة للالتزام . فمن يتعاقد إنما يلتزم بالإرادة الصادرة منه لا بتوافق هذه الإرادة مع إرادة المتعاقد الآخر . ورتب على ذلك أن الإيجاب وحده ملزم . فلا يستطيع من صدر منه الإيجاب أن يعدل عنه . وقد انتصر لهذه النظرية غير سيغل من الفقهاء الألمان كثيرين (٣) . وسائر الفقهاء الألمان بعض الفقهاء الفرنسيين (٤) .

(١) بودرى وبارد ١ فقرة ٣٨ ص ٣٦ - م ٣٧ - أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٢ - لوران ١٥ فقرة ٤٦٥ - ديمولوب ٢٤ فقرة ٤٥ - بيدان في الالتزامات فقرة ٥٨ .
عكس النقض الفرنسية في ٢٩ أبريل سنة ١٩٠٣ سيرة ١٩٠٨ - ١ - ٤٠٤ .
(٢) والتون ١ ص ١٧ - نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٨١ - محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠١ - وفي ٩ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٢ - وفي ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٣٢ .
(٣) أنظر جاكوبي (Jacobi) وكونتس (Kuntze) وكين (Koppen) وماتزمان (Mannesmann) وهولتسندورف (Holzendorff) في المراجع المشار إليها في نظرية العقد للمؤلف ص ١٨٦ هامش رقم ١ .

(٤) أنظر تارد (Tarde) في تطورات القانون ص ١٢٠ - ديموج في الالتزامات ١ فقرة ١٨ ص ٥٥ - ٢ فقرة ٥٥٣ ص ١٣٦ - كولان وكابيتان ٢ ص ٢٧١ - م ٢٧٢ - ورمز في رسالته الإرادة المنفردة باريس سنة ١٨٩١ .
والأستاذ ورمز هو من أسبق الفقهاء الفرنسيين إلى نشر نظرية الإرادة المنفردة في فرنسا ، إلى =

وبسند أنصار النظرية الألمانية إلى الحجج الآتية : (١) القول بضرورة توافق إرادتين لإنشاء التزام يسد الباب دون ضروب من التعامل يجب أن يتسع لها صدر القانون . فلا يمكن بغير الإفادة المنفردة أن تفسر كيف يستطيع شخص أن يلزم نفسه بعرض يقدمه للجمهور . أى لغير شخص معين . وقد يكون الدائن غير موجود في الحال ولكنه سيوجد في المستقبل . أو يكون موجوداً ولكن حال بينه وبين القبول حائل بأن مات قبل صدور القبول منه أو فقد أهليته . ففي كل هذه الفروض . وهي فروض تقع كثيراً في العمل . لا يمكن القول بوجود الالتزام في ذمة المدين إذا حتمنا توافق الإرادتين . فالتقول بجواز إنشاء الإرادة المنفردة للالتزام يرفع هذا الحرج . (٢) من الصعب أن تتوافق إرادتان توافقاً تاماً . ولا يمكن الثبوت من توافقهما إلا إذا تعاصرتا في لحظة واحدة . وهذا مستحيل في التعاقد بالمراسلة . بل هو أيضاً مستحيل حتى إذا وجد المتعاقدان في مجلس واحد . فإن أحد المتعاقدين لا بد أن يسبق الآخر في إظهار إرادته وهذا هو الإيجاب . ثم يتلوه الآخر فيظهر القبول . فالإيجاب والقبول يتعاقبان . فإذا أردنا التأكد من أنهما يتعاصران فيتوافقان . فلا بد من أن نفرض أن من صدر منه الإيجاب قد ثبت على إيجابه حتى اقترن بالإيجاب القبول . وهذا محض فرض نأخذ

حائب الأستاذ سالي الذي تولى نشر النظريات الألمانية في كتابيه المعروفين ، الالتزامات في قانون الألماني والإعلان عن الإرادة . وقد تشبع الأستاذ ورمز لنظرية الإرادة المنفردة أكبر تشبع ، وهو يرى أن التطور التاريخي للإرادة ، باعتبارها منسقة للالتزام ، يدل على أنها تخلص تدريجاً من الأوضاع التي كانت تحوط بها ، وأن لها أن تسخلص من ذلك جلة واحدة ، فلا تبقى على اشتراط توافق إرادتين لإنشاء الالتزام ، لأن ضرورة اتحاد إرادتين نوع من اشكالية لا يزال قائماً ، فإذا قمنا عليه أصبحت الإرادة المنفردة كافية لإنشاء الالتزام . والدليل على أن الإرادة الواحدة هي التي تولد الالتزام أن من صدر منه الإيجاب إذا عدل عن إيجابه ولم يصل ذلك إلى علم الطرف الآخر قبل أن يقبل ، فإن العقد يتم رغمًا من عدول الموجب وعدم توافقي الإرادتين ، ولا يمكن تفسير ذلك إلا بأن الإيجاب ، وهو إرادة منفردة ، ملزم بداته (رسالة الأستاذ ورمز ص ١٦٥ وص ١٧٩) . ويقول أيضاً لأنه متى سلمنا بأن الإرادة المنفردة تكون مصدرًا للالتزام ، فلا معنى لعدم الأخذ بهذا المذهب في العقد ذاته ، لأنه إذا كانت الإرادة وحدها تولد التزاماً ، فلماذا لا نستطيع أن تكون هي وحدها مصدر الالتزام إذا اقترنت بإرادة أخرى ، فهل يمكن أن تكون الإرادة المقترنة بإرادة أخرى أضعف من إرادة المنفردة ! (أنظر رسالة الأستاذ ورمز ص ٩٣) .

كما تأخذ بإرادة مفروضة نزعاً عنها هي الإرادة الناجمة . والأولى أن
تجنب هذه المفروضة وأن نواجه الحقيقة كما هي ، فالملتزم بالعقد إنما يلتزم
بإرادته هو لا بتوافق إرادته مع إرادة الدائن ، فهو يوجد حقاً في ذمته
لشخص آخر بمجرد إعلان إرادته ، ورضاء الآخر بهذا الحق هو مجرد
الانضمام (adhésion) تطلبناه حتى لا يكسب الدائن حقاً دون إرادته . وقد لا تتوافق
الإرادتان ومع ذلك يوجد العقد . كما إذا عدل الموجب عن إيجابه وكان الطرف
الآخر قد صدر منه القبول قبل أن يعلم بعدول الطرف الأول . (٣) ثم إنه
ليس في المنطق القانوني ما يمنع من أن يلتزم الشخص بإرادته . فالإنسان حر
في أن يقيد نفسه في الدائرة التي يسمح بها القانون ، بل إن سلطان الإرادة
هنا أشد نفاذاً منه في نظرية توافق الإرادتين . إذ الإرادة المنفردة تصبح
قادرة وحدها على إيجاد الالتزام ، وهذا أقصى ما يصل إليه سلطانها . أما
القول بوجود توافق الإرادتين فبقية من بقايا الأشكال الغائبة التي كانت
تند من سلطان الإرادة ، فقد يما كانت الإرادة لا توجد أثراً قانونياً إلا إذا
اقتربت بأشكال معقدة ، ثم اندثرت هذه الأشكال حتى لم يبق منها اليوم
إلا النادر ، وأصبحت الإرادة هي التي توجد الأثر القانوني الذي تنجبه إليه .
فالواجب أن نصل في هذا التطور إلى غايته المنطقية . وأن نقول بأن للإرادة
السلطان حتى لو لم تقترن بها إرادة أخرى . على أننا نطلب رضاء الدائن
حتى لا يكسب حقاً بالرغم منه . ولكن هذا الرضاء لا يوجد الالتزام .
بل إن الالتزام ينشأ بمجرد صدور إرادة المدين .

ويعترض أنصار النظرية الفرنسية على النظرية الألمانية بما يأتي : (١) أن
نظرية الإرادة المنفردة غير قائمة على أساس صحيح . لأنه إذا أمكن فهم أن
المدين يلتزم بإرادته المنفردة ، فلا يمكن أن يفهم كيف أن الدائن يصبح
دائناً دون إرادته . فإذا قيل إن المدين يلتزم لغير دائن . فاعني هذا الالتزام
وما قيمته ؟ وإذا قيل إنه لا بد من إرادة الدائن حتى يصبح دائناً . فهذا هو
توافق الإرادتين ومنه ينشأ العقد . (٢) يقضى المنطق ذاته بعدم التسليم بنظرية
الإرادة المنفردة . فإنه إذا قيل إن للإرادة المنفردة هذا السلطان ، وإن في
مكنتها أن تولد التزاماً ، وجب القول أيضاً إنها تستطيع أن تنقض هذا الالتزام ،
وما تستطيع الإرادة وحدها أن تنقضه . بل إننا نعلم أن نحلها . وبهذا يصبح

التزام من التزم بإرادته المنفردة معلقاً على محض إرادته ، فيكون التزاماً منحللاً . (٣) على أن نظرية الإرادة المنفردة مبنية على فروض غير صحيحة . فهي تفترض دائماً أن أحد المتعاقدين وزن الأمر قبل التعاقد . وبث فيه بقرار نهائى . وأعلن طفرة عن إرادته ، ولم يكن أمام الطرف الآخر إلا أن يقبل أو يرفض . مع أن الأمر غير ذلك . فالذى يقع في العمل عادة أن المتعاقدين يتفاوضان ، وما يزالان في أخذ ورد لا يستقل أحدهما بالأمر دون الآخر . وكل إرادة تؤثر في الأخرى وتعديل من اتجاهها . حتى تتوافق الإرادتان . وعند ذلك يتم العقد . ومن هذا نرى أن إرادة الطرف الآخر ليست مجرد إقرار لإرادة الطرف الأول ، بل كمبراً ما تؤثر فيها ويتفاعلان حتى ينتج من تفاعلهما إرادة متحدة هي العقد ، فكلتا الإرادتين اشتركت في تكوين الالتزام ، ولم تستقل إحداها بذلك كما يزعم أنصار نظرية الإرادة المنفردة .

والآن بعد أن استعرضنا حجج الفريقين . نقف قليلاً لتقدير مبلغ ما في نظرية الإرادة المنفردة من صحة . ونبدأ بملاحظة أن الاعتراضات التي يتقدم بها خصوم النظرية لا تصل من الخطر إلى حد أن تدك قواعدها . أما أن الدين لا يوجد دون دائن ، فقد قدمنا أن النظرية المادية تنظر إلى الالتزام كقيمة مالية أكثر منه رابطة شخصية ، ويترتب على هذا النظر أنه يمكن تصور دين دون دائن ما دام المدين موجوداً وقت نشوء الدين وما دام الدائن يوجد وقت تنفيذ الدين ولو لم يوجد قبل ذلك . أما القول بأنه إذا صبح للإرادة المنفردة أن تنشئ التزاماً صح لها أيضاً أن تقضيه ، فهذا خلط بين أثر الإرادة في العالم النفسى وأثرها في الروابط الاجتماعية . فإن الإرادة إذا أعلنت وعلم بها الغير فاطمأن إليها ، ولدت ثقة مشروعة يستطيع الناس الاعتماد عليها ، فوجب احترام هذه الحالة التي أوجدتها الإرادة ، ولا يجوز عندئذ العدول إذا ترتب عليه الإخلال بهذه الثقة المشروعة ، فالإرادة المنفردة إذا عقدت التزاماً وحدها قد لا تستطيع وحدها أن تحله إذا حال دون ذلك وجوب استقرار التعامل . يبقى الاعتراض الثالث ، وهو أن العقد وليد مفاوضات تتفاعل فيها الإرادتان وتؤثر إحداها في الأخرى . وهذا صحيح من الناحية النفسية أيضاً ، أما من الناحية الاجتماعية فن الممكن أن نميز مرحلة

تنهى عندها هذه المفاوضات ويدخل الإيجاب في دوره النهائي ويصبح إيجاباً باتاً ، ولا شك في أن هذا الإيجاب البات قد أثرت فيه عوامل مختلفة قبل أن يصبح كذلك . ومن أهم هذه العوامل إرادة الطرف الآخر ، ولكن لاشك أيضاً في أنه بعد أن أصبح إيجاباً باتاً صار منسوباً لإرادة من صدر منه ما دام قد ارتضاء في النهاية . وعند ذلك يتحقق أن يكون أحد الطرفين قد تقدم بإرادة نهائية ليس للطرف الآخر إلا إقرارها . هذا إلى أن هناك أحوالاً كثيرة تقع في العمل ، يتقدم فيها أحد الطرفين بإيجاب بات لا تسبقه مفاوضات ، ومن ذلك ما يجري في عقود الإذعان .

فنحن لا نرى فيما تقدم من الاعتراضات على النظرية الألمانية ما يصلح لهدمها . ولكننا مع ذلك لا نعتقد أن الفرق كبير من الناحية العملية بين النظريتين الألمانية والفرنسية . ذلك أن الأساس المنطقي للنظرية الألمانية هو أن الإرادة قادرة على إلزام صاحبها ما دام يلتزم في دائرة القانون ، ولا حاجة لأن تقترن إرادة الدائن بإرادة المدين حتى ينشأ الالتزام . ونحن لا نرى لماذا لا يكون هذا صحيحاً لا من الناحية المنطقية فحسب . بل من الناحية القانونية أيضاً . وما دام القانون قد وصل في تطوره إلى أن يجعل للإرادة سلطاناً في إيجاد الآثار القانونية ، فلماذا يقف سلطان الإرادة دون إنشاء الالتزامات ؟ يستطيع المدين إذن أن يلتزم بإرادته المنفردة . ولكنه يستطيع أيضاً ، وطبقاً لسلطان الإرادة ذاته ، أن يتحلل من التزامه بإرادته المنفردة ما دامت هذه الإرادة لم تولد ثقة مشروعة . فالالتزام الذي يعقده المدين بإرادته التزام محلول . وإلى هنا لا يوجد فرق كبير بين النظريتين الألمانية والفرنسية . فالنظرية الأولى ترى المدين قد أوجد التزاماً بإرادته المنفردة ولكنه التزام ينحل عنه في أي وقت شاء ، والنظرية الثانية ترى المدين لم يوجد بإرادته المنفردة أي التزام . ولا يوجد فرق عملي كبير بين التزام غير موجود والتزام موجود ولكن يمكن التحلل منه . بئى أن النظرية الألمانية لا تسمح للملتزم بإرادته المنفردة أن يتحلل من التزامه إذا ولدت إرادته ثقة مشروعة لا يجوز الإخلال بها . وهذا لا يتحقق إلا إذا فرضنا أن إرادة المدين قد ولدت عند شخص معين ، هو الدائن ، ثقة مشروعة جعلته يطمئن إلى العمل بمقتضى

هذه الإرادة ، فإذا تحقق هذا الفرض ، وألزمت النظرية الألمانية المدين بإرادته المنفردة ، جاز للنظرية الفرنسية أن تقول بالتزام المدين أيضاً ، ولكن لا بإرادته المنفردة ، بل بتوافق إرادته مع الإرادة الضمنية للدائن وهي إرادة تستخلص من اطمئنانه لإرادة المدين والنزول على مقتضاها في تصرفه . وسواء كان سبب التزام المدين في هذه الحالة هي إرادته المنفردة كما يقول الألمان ، أو العقد كما يقول الفرنسيون ، فالنتيجة العملية واحدة . إذ المدين ملتزم التزاماً لا رجوع فيه في كلا القولين .

على أننا مهما قربنا ما بين النظريتين ، فإنه لا يفوتنا أن الأساس الذي بني عليه كل منهما لا يزال مختلفاً . وهذا الاختلاف في الأساس قد يؤدي إلى نتائج ذات بال . ويكفي أن نشير هنا إلى أنه في الفرض الأخير الذي عالجناه ، إذا قلنا مع الألمان بالتزام المدين بإرادته المنفردة ، كان التزامه موجوداً منذ صدور هذه الإرادة . أما إذا قلنا مع الفرنسيين إن المدين يلتزم بتوافق إرادته مع إرادة الدائن . لم يوجد الالتزام إلا عند توافق الإرادتين ، أى عند صدور الإرادة الضمنية من الدائن . ثم إن التمشي مع النظرية الألمانية يجعلنا نحذف العقد من بين مصادر الالتزام ، ونحل الإرادة المنفردة محله . أما النظرية الفرنسية فلا تفسح مجالاً للإرادة المنفردة بين هذه المصادر ، وتجعل العقد وحده هو العمل القانوني الذي ينشئ التزاماً .

ومهما يكن من أمر فإن القانون الألماني ذاته لم يجعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام ، بل أخذ بها على سبيل الاستثناء في حالات محددة على سبيل الحصر بمقتضى نصوص قانونية خاصة (١) . أما المشروع الفرنسي الإيطالي

(١) وقد نصت المادة ٣٠٥ من القانون المدني الألماني على أن لإنشاء الالتزام من طريق العمل القانوني لا يكون إلا بعقد ، عدا الأحوال التي ينس فيها القانون على خلاف ذلك . وفي هذا يقول المعلقون على الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألماني ما يأتي : « إن الفرض من تقرير هذا المبدأ هو إخراج الإرادة المنفردة من أن تكون مصدراً عاماً لإنشاء الالتزامات ، في الحد الذي ينشأ فيه الالتزام من عمل قانوني . صحيح أنه طلب ، حتى من اللجنة الثانية (لتحضير مشروع القانون الألماني) ، حذف هذا النص ، لترك المسألة لتقدير الفقهاء . وقد كان هذا يسمح للقضاء ، مع تمسك بالتأدية التقليدية ، أن يتوسع في الاستثناءات التي يدخلها على القاعدة . ولكن الأغلبية لم تكن من هذا الرأي . ومع ذلك فقد أريدت الإشارة إلى الأحوال الاستثنائية التي يترك بها القانون ، حتى يكون من المقرر أن الحالات التي يسلم فيها =

فقد جعل من الإرادة المنفردة . إلى جانب العقد . مصدراً عاماً للالتزام (١) . وسرى الآر أن القانون المصرى الجديد نهج منهج القانون الألماني ، فلم يجعل الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام إلا في حالات محدودة وردت بها نصوص خاصة .

٩٠٧ - إلى أي حد أُنْهَذا القانون المدنى الجديد بالإرادة المنفردة

مصدر الالتزام : كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد ينص في المادة ٢٢٨ منه على ما يأتى :

« القانون بأن الالتزام ينشأ من مجرد لؤادة منفردة يكون من المستطاع تصورها على اعتبار أنها استثناء من القاعدة الواردة في المادة ٣٠٥ ، وتطبيق لنظرية الإرادة المنفردة » (الترجمة الفرنسية لقانون الألمانى م ٣٠٥)

هنا وقد احتاط المشرع الألمانى فى أنه لم يجعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام لاعتبارات عملية . وفى هذا يقول سالى : « إذا كان المشرع الألمانى قد رفض الأخذ بالنظرية كبدأ عام ، فذلك راجع دون شك للأسباب التى أبدعها برنتز (Brinz) ، فإن من الخطر إعطاء مثل هذه الحرية للارادة ، إذ يصعب ، أمام مظهر هذه الإرادة المنفردة ، أن نتبين هل هناك التزام بات جدى ، أو أنه لا يوجد إلا قول ألقى جزافاً دون أن يقصد صاحبه أن يتقيد به » (الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ١٤٢) .

(١) وقد انقضى المشروع الفرنسى الاىطال بفقء فصل خاص للإرادة المنفردة باعتبارها مصدراً عاماً للالتزام . ففى فى المادة ٦٠ بأن الإرادة المنفردة إذا كانت مكتوبة ، واقرئت بأجل محدد ، تلتزم صاحبها بمجرد وصولها إلى علم من توجهت إليه ولم يرفضها ، وتطبق على الإرادة المنفردة القواعد التى تطبق على العقد عدا القواعد المتعلقة بضرورة توافق الإرادتين لإنشاء الالتزامات .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسى الإيطالى أن هذا النص كان مثاراً للنقائفة بين أعضاء اللجنين الفرنسية والإيطالية . فقد ظن البعض أن فى تحرير هذا البعأ تعديداً جريئاً لا يتطلبه السمل ، ولكن هذا الاعتراض ، إذا كان فىه بسى الوجامة بالنسبة إلى القانون الفرنسى ، غير وجيه بالنسبة إلى القانون الإيطالى . فقد نصت المادة ٣٦ من القانون التجارى الإيطالى على أنه فى العقود الملزمة لجانب واحد يتبدر الإيجاب ملزماً بمجرد وصوله إلى علم من توجه إليه ، فالتجديد ليس إذن كبيراً بالنسبة إلى هذا القانون . ومن المفيد إدخاله فى القانون الفرنسى ، فهو يمنع حداً للخلال فى تعرف طبيعة بسى الأعمال القانونية ، هل هى عقود أو هى مجرد لؤادة منفردة ، كما فى مظهر المقار ، وهو فى الوقت ذاته يوسع دائرة احترام ما يصدر من الشخص من وعد ، بالتفتى مع ما يقتضيه حسن النية . على أن المادة ٦٠ قد رسمت حدوداً مقنونة لهذا التجديد ، فهى لم تكلف بالشروط الموضوعية للعقد من الأهلية ومشروعية المهل والسبب ، بل اشترطت فوق ذلك أن تكون الإرادة المنفردة الملزمة ثابتة بالكتابة ، وأن تحدد مدة لبقائها ملزمة (أنظر ص ٧١ - ص ٧٣ من المذكرة الإيضاحية المذكورة) .

١ - إذا كان الوعد الصادر من جانب واحد مكتوباً وكان لمدة معينة . فإن هذا الوعد يلزم صاحبه من الوقت الذى يصل فيه إلى علم من وجه إليه ما دام هذا لم يرفضه .

٢ - وتسرى على هذا الوعد الأحكام الخاصة بالعقود ، إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام .

٣ - يبنى الإيجاب فى العقود خاضعاً للأحكام الخاصة به ، ويسرى حكم المادة التالية على كل وعد بجائزة يوجه إلى الجمهور (١) .

فكان هذا النص ، على غرار المشروع الفرنسى الإبطالى فى مادته الستين ، يجعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام ، مثلها فى ذلك مثل العقد . وكان بشرط لذلك أن تكون الإرادة المنفردة مكتوبة ، وأن تحدد لها مدة معينة إذا رفضت فى خلالها سقطت . أما إذا لم ترفض ، فإنها تكون ملزمة لصاحبها من الوقت الذى تصل فيه إلى علم من وجهت إليه ، شأنها فى ذلك شأن كل تعبير عن الإرادة . ويسرى على الإرادة المنفردة ما يسرى على العقد من أحكام ، فيجب توافر الأهلية ، وخلو الإرادة مما يشوب الرضاء من عيوب ، وقيام محل تتوافر فيه الشرائط اللازمة ، ووجود سبب مشروع . ويستثنى من هذه الأحكام بداهة ما يتعلق بضرورة توافق الإرادتين ، ما دامت الإرادة المنفردة هى مصدر الالتزام (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٨ فى الخامس .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، شرحاً لهذا النص ، ما يأتى :

١ - لا يصح الوعد الصادر من جانب واحد ملزماً إلا من الوقت الذى يصل فيه إلى علم من وجه إليه ، شأنه فى ذلك شأن كل تعبير عن الإرادة . فيجوز المدول عنه بعد صدوره متى وصل هذا المدول إلى علم من وجه إليه قبل وصول الوعد ذاته أو وقت وصوله وفقاً لأحكام القواعد العامة . بيد أن الوعد الصادر من جانب واحد يمتاز بترتيب حكمه دون حاجة إلى القبول ، وهذا ما يفرقه عن العقود . فيكفى لزومه أن يصل إلى علم من وجه إليه وألا يرفضه هنا . ولكنه يسقط فى حالة الرفض ، إذ لا يجوز أن يجبر أحد على أن يكسب حقاً على رغبة . وهو من هذا الوجه يختلف اختلافاً بيناً عن العقد ، فالمقد لا يتم إلا بقبول الدائن ووصول هذا القبول إلى علم من صدر الإيجاب عنه . ومن الأهمية بمكان تبين ما إذا كان يقصد بالتعبير عن الإرادة إلى الارتباط بوعد من جانب واحد ، أم إلى مجرد الإيجاب . فمن المعلوم أن الإيجاب ، وإن كانت له قوة فى الإلزام من حيث عدم جواز المدول عنه ، لا بد أن يقتزن بالقبول حتى ينشأ الالتزام الذى يراد ترتيبه . ٢ - ونفرض عند ذلك ، فحرى التعبير عن الإرادة أنه قصد به إلى مجرد =

ولو بقي هذا النص فانتقل إلى القانون المدنى الجديد ، لكانت الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام كالعقد . ولوجب لإفراد باب خاص بها تعالج فيه على النحو الذى رأيناه فى العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب (١) . ولكن النص حذف فى لجنة المراجعة . وكان حذفه ، عدولاً عن وضع قاعدة عامة تجعل الإرادة المنفردة ملزمة ، واكتفاء بالحالات المنصوص عليها فى القانون من أن الإرادة المنفردة تنشئ التزاماً (٢) .

ويتبين من ذلك أن لجنة المراجعة رجعت بالإرادة المنفردة عن أن تكون مصدراً عاماً للالتزام ، كما كان الأمر فى المشروع التمهيدى ، إلى أن تكون مصدراً للالتزام فى حالات استثنائية ترد فى نصوص قانونية خاصة . وعلى هذا النهج سار المشروع فى سائر مراحلها حتى أصبح قانوناً .

= الإيجاب . ويقع عبء إثبات قيام الوعد الصادر من جاب واحد على عائق الدائن الذى يدعى ذلك . ويكون الإثبات بالكتابة دائماً ، ولو كانت قيمة الوعد لا تجاوز عشرة جنيهات . وكذلك يجب أن تتضمن وثيقة الوعد بيان المدة التى يبقى الواعد خلالها ملتزماً بما وعد . ٣ - ومتى تقرر مبدأ الالتزام بمجرد الوعد ، تبين سريان أحكام المفود عليه . وترتب على ذلك وجوب توافر أهلية التعاقد فى الواعد ، وخلو إرادته مما يشوب الرضا من عيوب ، وقيام التزامه على سبب وعمل تتوافر فيهما الشروط اللازمة . ويستثنى من هذه الأحكام بداهة ما يتعلق بضرورة توافق الإرادتين ما دامت الإرادة للمنفردة هى مصدر الالتزام . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣٨ - ص ٢٣٩ فى الهامش) .

(١) وقد جاء فى النظرة العامة للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « جعل المشروع من الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام ، محتذياً فى ذلك مثال المشروع الفرنسى الإيطالى . وليس يقتصر الأمر فى إسناد قوة الالتزام إلى هذه الإرادة على القضاء على ضروب من الخلاف سوف تدمد أهميتها بعد أن فرقت وجوه الرأى بين فكرة التعاقد وفكرة المشيئة الواحدة فى تكييف طبيعة بعض التصرفات ، كهرس الثمن على الدائنين المقتدة حقوقهم عند تطهير المقار » (للمذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسى الإيطالى ص ٥٤) ، وهو لا يقتصر كذلك على بسط نطاق تطبيق مبدأ البر بالجهود استجابة لما يقتضى حسن النية ، (المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسى الإيطالى ص ٥٤) فى نطاق التعامل ، ولكن هذا التجديد مهما يكن خطه من الجراءة ، يعتبر نتيجة منطقية لإقرار المشروع لمبدأ لزوم الإيجاب . ففى اعتراف للإيجاب بقوة الالتزام ، فليس ثمة ما يدعو إلى الوقوف عند هذا الحد ، ذلك أن التزام النطق به يؤدى إلى إقرار كفاية الإرادة المنفردة لإنشاء الالتزام بوجه علم . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣٦ - ص ٢٣٧ فى الهامش) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣٩ فى الهامش .

٩٠٨ - الالتزامات التي تنفّسها الإرادة المنفردة في القانون المدني

المجبر هي التزامات قانونية، ومصدرها المباشر هو القانون. ولم تنتبه الهيئات المختلفة التي تعاقبت على نظر مشروع القانون المدني. منذ لجنة المراجعة، لهذا التغيير الجوهرى في مصدر الالتزامات التي تنشأ الإرادة المنفردة. فقد كان المصدر المباشر لهذه الالتزامات، وفقاً للمشروع التمهيدى. هي الإرادة المنفردة ذاتها. وقد ارتقت إلى مقام العقد، فأصبحت مصدراً عاماً للالتزام. ومن ثم عقد المشروع التمهيدى للإرادة المنفردة فصلاً خاصاً بها. كما عقد فصولاً خاصة للمصادر العامة الأخرى وهي العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب. ولكن بعد أن نزلت لجنة المراجعة بالإرادة المنفردة إلى أن تكون مصدراً للالتزام في حالات استثنائية. وبمقتضى نص خاص. لم تعد الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام. وأصبحت الالتزامات الناشئة عنها لا تقوم بمقتضى أصل عام يقره القانون. بل تقوم بمقتضى نصوص قانونية خاصة، فأصبح نص القانون هو المصدر المباشر لهذه الالتزامات. ومن ثم كان الواجب اعتبار أى التزام ينشأ من الإرادة المنفردة التزاماً مصدرة القانون. وحذف الفصل الخاص المعقود للإرادة المنفردة في المشروع التمهيدى. وإدماجه في الفصل المعقود للقانون كمصدر مباشر للالتزام. وهذا ما فأت لجنة المراجعة وما تلاها من الهيئات أن تفعله.

ولم نرد أن نساير هذا الخطأ في التبويب. فلم نعقد للإرادة المنفردة باباً خاصاً بها يأتي بعد الباب المخصص للعقد، كما فعل القانون المدني الجديد، بل أرجأنا الكلام فيها إلى أن نتكلم في الالتزامات التي يكون القانون هو مصدرها المباشر. فنجعل الالتزامات التي تنشأ الإرادة المنفردة تدخل في هذا النطاق.

فالقاعدة إذن في القانون المدني الجديد أن كل التزام تنشئه الإرادة المنفردة لا بد أن يرد في نص قانونى. ويعتبر هذا النص هو مصدره المباشر. وهو الذى يعين أركانه ويبين أحكامه.

وقد وردت نصوص متناثرة في نواحي القانون تجعل الالتزام ينشأ من إرادة منفردة . نذكر من ذلك :

(١) الإيجاب الملزم . وقد ورد فيه النص الآتي (م ٩٣) : « ١ - إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينتقض هذا الميعاد . ٢ - وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة » . وقد فصلنا أحكام هذا النص فيما قدمناه عند الكلام في الإيجاب .

(٢) المؤسسات . وقد ورد فيها النص الآتي (م ٧٠ فقرة ١) : « يكون إنشاء المؤسسة بسند رسمي أو بوصية » . فإرادة المنشئ المنفردة هي التي توجد المؤسسة . وهذه الإرادة يصدرها صاحبها لتنتج أثرها إما في حياته . أو بعد موته بوصية . ثم يلتزم المنشئ بإرادته المنفردة أيضاً أن ينقل إلى المؤسسة التي أنشأها ملكية ما تعهد به من المال الذي خصصه لها . ومن ثم نرى أن الإرادة المنفردة هنا أوجدت شخصاً معنوياً . وأنشأت التزاماً نحو هذا الشخص المعنوي (١) .

(٣) تطهير العقار المرهون رهناً رسمياً . وقد ورد فيه النص الآتي (م ١٠٦٦) : « يجب على الحائز أن يذكر في الإعلان أنه مستعد أن يوفي الديون المقيدة إلى القدر الذي قوم به العقار . وليس عليه أن يصحب العرض بالمبلغ نفداً ، بل ينحصر العرض في إظهار استعداده للوفاء بمبلغ

(١) أنظر نظرية القيد للمؤلف فقرة ١٩٣ - فقرة ٣٩٤ .

وعما يدل على أن إرادة المنشئ للمؤسسة قد أنشأت التزاماً في ذمته نحو هذه المؤسسة أن المشرع شبه إنشاء المؤسسة بالهبة أو الوصية في خصوص الدعوى البوليصة ، فس في المادة ٧١ على أنه « يتر إنشاء المؤسسة بالنبة إلى دائي المنشئ وورثته بنابة هبة أو وصية . فإذا كانت المؤسسة قد أنشئت إضراراً بحقوقهم ، جاز لهم مباشرة الدعوى التي يقرها القانون في مثل هذه الحالة بالنبة إلى الهبات والوصايا » . غير أن الهبة لا تكون إلا بقصد ، أما إنشاء المؤسسة فتكون بإرادة منفردة .

وكما تنشأ المؤسسة بإرادة منفردة ، يجوز الرجوع فيها بإرادة منفردة كذلك إلى أن يتم شهرها . وقد نصت المادة ٧٢ على أنه « متى كان إنشاء المؤسسة بسند رسمي جاز لمن أنشأها أن يبدل عنها بسند رسمي آخر ، وذلك إلى أن يتم شهرها وفقاً لأحكام المادة ٥٩ » . وبديهي أن المؤسسة إذا أنشئت بوصية جاز الرجوع فيها دائماً حتى موت الموصي . شأنها في ذلك شأن كل وصية .

واجب الدفع في الحال أياً كان ميعاد استحقاق الديون المقيدة . ويؤخذ من هذا النص أن الحائز يلتزم بإرادته المنفردة أن يوفى الديون المقيدة إلى القدر الذى قوم به العقار ، وذلك بمجرد إعلانه رغبته في تطهير العقار بتوجيهه إلى الدائنين المقيدة حقوقهم لإعلانات على النحو المبين في المادة ١٠٦٥ .

(٤) الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور ، وقد ورد فيه نص المادة ١٦٢ . ولما كان هذا النص ينشئ التزاماً قانونياً أولى مكان يبحثه هو هذا الباب ، فستولى بحثه تفصيلاً فيما يلي (١) .

(١) ويسهل في تطبيقات الإرادة المنفردة منسقة للالتزام السند لحامله . وكيف عادة بأن هناك عقداً مجرداً (contrat abstrait) تم بين صاحب وأول حامل للسند ، وهذا العقد هو الذى ولد الالتزام في ذمة صاحب . وقد حول الحمل الأول حقه إلى آخر ، وهذا إلى غيره ، إلى أن وصل السند إلى الخامس الأخير . إلا أن هناك فروضاً لا تنزل على هذا التكيف . فقد يكتب صاحب السند ، وقبل أن يبلغه لأحد يضيع منه أو يسرق ، فتبذله الأيدي إلى أن يقع في يد شخص حسن النية ، فيكون لهذا الشخص الحق في استيفاء قيمته من صاحب . ولا يمكن أن يقال هنا إن صاحب ملتزم بموجب عقد بينه وبين أول حامل ، فإن هذا كان شخصاً عثر على السند وهو ضائع أو لصاً سرقه . فلم يبق إذن لتفسير هذا الالتزام إلا أن حول إن صاحب قد التزم بإرادته المنفردة التزاماً مجرداً . كذلك إذا فرض أن صاحب قبل تسليمه السند لأحد مات أو فقد أهليته ، ثم تداول الأيدي السند ، فهو (أو ورثته) يبقى ملتزماً ، ومصدر التزامه لا يمكن أن يكون عقداً في هذه الحالة ، فليس إلا إرادته المنفردة مصدر لالتزامه هنا . وقد نص القانون الألمانى صراحة على الحلول التكملة ، فنصت المادة ٧٩٤ بأن من يصدر منه سند لحامله يلتزم به ، حتى لو سرق منه أو ضاع ، وحتى لو تبادلته الأيدي رغم إرادته بأى شكل كان . ونص المادة ذاتها بأن السند لحامله يبقى حافظاً لقوته القانونية حتى لو مات من صدر منه السند أو فقد الأهلية قبل التعامل به (نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٩٥) .

أما التزامات الفضولى فقد قدمنا أنها لا تنشأ من إرادة منفردة ، بل من واقعة مادية هي أن يتولى الفضولى شيئاً لرب العمل . ولا يكتفى لالتزام الفضولى أن يظهر إرادته في أن يتولى شيئاً لرب العمل ، مهما كانت هذه الإرادة واضحة ، ما دام لم يتول هذا الشأن بالعمل . العمل المادى ، لا إرادة الفضولى ، هو الذى ينشئ في ذمة الفضولى التزاماته المبرورة .

وكذلك التزام المتعهد نحو المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير مصدره العقد لا الإرادة المنفردة . وقد مر بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في الاشتراط لمصلحة الغير .

المبحث الثاني

النص هو الذى يعين أركان الالتزام القانونى ويبين أحكامه

المطلب الأول

القاعدة العامة

٩٠٩- أركان الالتزام القانونى : رأينا أن النص هو الذى ينشئ الالتزام القانونى ، ويعتبر مصدراً مباشراً له . والنص كذلك هو الذى يعين أركان هذا الالتزام . وقد استعرضنا طائفة من الالتزامات القانونية فيما تقدم . فالرجوع إلى النص ، فى كل التزام قانونى منها على حدة ، هو الذى يبين مدى هذا الالتزام والأركان التى يقوم عليها .

ويمكن القول بوجه عام إن الالتزامات القانونية ، كسائر الالتزامات ، تكون إما التزاماً بإعطاء (obligation de donner) ، أو التزاماً بعمل (obligation de faire) ، أو التزاماً بالامتناع عن عمل (obligation de ne pas faire) . مثل الالتزام القانونى بالإعطاء الالتزام بالنفقة ، والالتزام بدفع الضرائب ، والالتزام بتعويض العامل عن مخاطر العمل . ومثل الالتزام القانونى بالعمل التزام الولى أن يدير أموال القاصر ، والتزام الجار أن يشترك فى وضع حد للملكة المتصلقة بملك جاره . ومثل الالتزام القانونى بالامتناع عن عمل التزام الجار ألا يهدم الحائط الذى يستتر به جاره دون عذر قوى ، والتزامه ألا يحدث ضرراً فاحشاً للجيران . والالتزام القانونى ، كسائر الالتزامات ، رابطة ما بين دائن ومدين . وتقوم هذه الرابطة على محل مستوف لشرائطه . ولما كان التانون فى الالتزام القانونى المبني على واقعة مادية هو الذى يعين هذا المحل على النحو الذى بيناه ، إعطاء كان أو عملاً أو امتناعاً عن عمل ، فإن المحل لا بد أن يكون قد استوفى الشرائط الواجبة . فلا صعوبة يمكن أن تثار من هذه الناحية .

والسبب لا يكون ركناً فى الالتزام القانونى إلا إذا استند إلى الإرادة المنفردة ، فقد رأينا أن السبب يتصل بالإرادة . ويترتب على ذلك أن الالتزام القانونى

لدى يقوم على إرادة منسردة . كالإيجاب الملزم والوعد بجائزة ، يجب أن يكون مبنياً على سبب مشروع . وإلا كانت الإرادة باطلة لا تنتج أثراً . وكذلك اخل فى الالتزام القانونى المبني على الإرادة المنفردة تعينه هذه الإرادة ، فيجب فى تعيينه أن يكون مستوفياً لشرائطه على النحو الذى قدمناه عند الكلام فى المحل .

والأهلية إنما يجب توافرها فى الالتزام القانونى المبني على الإرادة المنفردة . أما الالتزام القانونى المبني على واقعة مادية فلا تشترط فيه أية أهلية إلا إذا نص القانون على ذلك . وقد كان هذا الحكم منصوباً عليه فى الفقرة الثانية من المادة ٢٧٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ولا تشترط أية أهلية فى هذه الالتزامات (القانونية المبنية على وقائع مادية) ، ما لم يوجد نص يقضى بخلاف ذلك » . فحذف هذا النص فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه ، فهو مفهوم من مقتضى تطبيق القواعد العامة (١) . ومن الأمثلة على التزام قانونى مبني على واقعة مادية يشترط النص فيه أهلية خاصة التزامات الفضولى ، فقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٩٦ تنص على أنه « إذا لم تنوافر فى الفضولى أهلية التعاقد ، فلا يكون مسئولاً عن إرادته إلا بالقدر الذى أثرى به ، ما لم تكن مسئوليته ناشئة عن عمل غير مشروع » . وكذلك ورثة الفضولى عندما أوجب القانون عليهم أن يخطروا رب العمل بموت مورثهم

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٣ — وانظر أيضاً فقرة ٩٠١ فى الهامش .
ويلاحظ أن المادة ٢٧٢ من المشروع التمهيدى وهى التى تقابل المادة ١٩٨ من القانون المدنى الجديد ، لم تعرض إلا للالتزامات القانونية المبنية على وقائع مادية ، لأن الإرادة المنفردة فى المشروع التمهيدى كانت مصدراً عاماً للالتزام كما قدمنا ، فلم تدخل الالتزامات الناشئة عنها فى نطاق هذا الس . ومن ثم كان مفهوماً أن تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٧٢ على أنه لا تشترط أية أهلية فى الالتزامات القانونية .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى صدد الأهلية فى الالتزامات القانونية المبنية على وقائع مادية ، ما يأتى : « وتنشأ الالتزامات المقررة بنص القانون استقلالاً عن إرادة ذوى الشأن ، فهى لا تقتضى فيهم أهلية ما (المادة ١٢٠ من التقنين الثانى) . ومع هذا فقد يتطلب القانون أهلية خاصة بالنسبة لبعض هذه الالتزامات ، مراعى فى ذلك أنها لا تترتب بمنزلة عن الإرادة . ومن هذا القبيل ما يقع من الالتزامات على عائق الفضول ، إذ يشترط القانون لقرنته أن يكون من تصدى لشأن من شؤون الغير تفضلاً أهلاً للتعاقد » . (مجموعة أعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٢ — ص ٤٩٣) .

وأن يتخذوا من التدابير ما تقتضيه الحال لصالح رب العمل . اشترط النص (م ١٩٤ فقرة ٢ وم ٧١٧ فقرة ٢) لقيام هذا الالتزام أن تتوافر فيهم الأهلية . وتشترط المادة ١٦ من قانون المحاكم الحسبية في الوصى أن يكون ذا أهلية كاملة .

٩١٠- أمطام الالتزام القانوني : وكذلك النص هو الذي يبين أحكام الالتزام القانوني . فيرجع في كل التزام إلى النص الذي أنشأ لمعرفة هذه الأحكام .

ويمكن القول بوجه عام إن الالتزام القانوني ، كسائر الالتزامات ، ينفذ عيناً إذا كان هذا ممكناً ، وإلا انتهى إلى تعويض بقدر طبقاً للقواعد العامة . وقد تبين طبيعة الالتزام القانوني شيئاً من أحكامه . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية في هذا المعنى بأن طبيعة دين النفقة تجعله خاصاً بشخص من ترتب في ذمته هذا الدين . ومن ثم تكون وفاة المحكوم عليه مستقطعة لحكم النفقة ، بحيث لا يبقى لهذا الحكم من الأثر على تركته إلا بمقدار المستحق من النفقة الذي كان واجب الأداء قبل الوفاة (١) .

٩١١- تطبيقات مختلفة : ونأتى ببعض تطبيقات على ما قدمناه من أن النص هو الذي يعين أركان الالتزام القانوني ويتكفل ببيان أحكامه . ويحسن قبل ذلك أن نبين أنه ليس من الضروري أن يكون النص موجوداً في القانون المدني ، فالقوانين المالية وقوانين الأحوال الشخصية وقانون المرافعات وغير ذلك من القوانين المختلفة قد تتضمن نصوصاً تنشئ التزامات قانونية . وتتكفل هذه النصوص بتعيين أركان الالتزام وبيان أحكامه .

فمن الالتزامات القانونية التزامات الفضولى ، وقد سبق أن فصلناها راجعين فيها إلى النصوص المدنية التي أدرأتها ، ورأينا كيف أن هذه النصوص هي التي

(١) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٩ أبريل سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ١١١/١ ص ١٩١ — واضطر في القضاء المختلط في مناسبة دين النفقة للتصريح عليه في القانون المدني القديم (مراسم ١٥٤ — ١٥٧/٢١٦ — ٢٢٠) تمليكات الأستاذ بطروروس عن القانون المدني القديم جزء ٢ ص ٦٠١ — ص ٦٠٥ .

نعين أركان الالتزام وتبين أحكامه .

ومن الالتزامات القانونية الالتزام بدفع الضرائب . وهذا الالتزام يرجع في تعيين أركانه وبيان أحكامه إلى القوانين المالية الخاصة بالضرائب على العقار والمنقول وكسب العمل والإيراد العام وغير ذلك من نضرائب المختلفة .

ومن الالتزامات القانونية التزامات الأسرة . ويدخل فيها واجبات كل من الزوجين والعلاقة ما بين الوالدين والأولاد والنفقة بمختلف أنواعها والتزامات الأولياء والأوصياء والقوام . وهذه كلها يرجع في تعيين أركانها وفي بيان أحكامها إلى قوانين الأحوال الشخصية . وبخاصة إلى الشريعة الإسلامية ، ثم إلى قانون المحاكم الحسبية .

ومن الالتزامات القانونية التزامات الجوار ، ويرجع فيها إلى نصوص القانون المدني في الكثرة الغالبة من الأحوال . وهذه النصوص تفرض على الجيران التزامات كثيرة متنوعة ، منها إزالة مضار الجوار إذا تجاوزت الحد المألوف ، ومنها الالتزامات الناشئة عن الحائط المشترك والحائط الملاصق ، ومنها الالتزامات الناشئة عن الشيوع في الملك .

وكان المشروع التمهيدى للقانون المدني الجديد يتضمن نصاً ينشئ التزاماً قانونياً في ذمة كل من حاز شيئاً أو أحرزه ، بأن يعرض هذا الشيء على من يدعى حقاً متعلقاً به ، متى كان فحص الشيء ضرورياً للبت في الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه . ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا النص لأنه أدخل في باب المرافعات (١) .

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٤٩٢ في الهامش . هذا والنص المشار إليه هو المادة ٢٧٣ من المشروع التمهيدى ، وكان يجرى على الوجه الآتى : ١ - كل من حاز شيئاً أو أحرزه يلتزم بعرضه على من يدعى حقاً متعلقاً به ، متى كان فحص الشيء ضرورياً للبت في الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه . فإذا كان الأمر متعلقاً بسندات أو أوراق أخرى ، فللقاضى أن يأمر بعرضها على ذى الشأن وتقديمها عند الحاجة إلى القضاء ، ولو كان ذلك لمصلحة شخص لا يريد إلا أن يستند إليها في إثبات حق له . ٢ - على أنه يجوز للقاضى أن يرفض إصدار الأمر بعرض الشيء إذا كان لمن أحرزه مصلحة مشروعة في الامتناع عن عرضه . ٣ - ويكون عرض الشيء في المكان الذى يوجد فيه وقت طلب العرض ، ما لم يبين القاضى مكاناً آخر . وعلى طالب العرض أن يقوم بدفع قفائه مقدماً . وللقاضى أن يعلق عرض الشيء -

وما قدمناه من التطبيقات يتعلق بالتزامات قانونية مبنية على وقائع مادية .

== على تقديم كفالة تضمن لمن أحرز الشيء بمويز ما قد يحدث له من ضرر بسبب العرض .
وقد جاء- في النظرة العامة للمذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي ما يأتي : « ومع ذلك فقد روى أن ينس استثناء على الالتزام بتقديم شيء . ذلك أن هذا الالتزام لم يطر بمكان في سائر نواحي التشريع ، ولهذا أفرد له نص خاص أخذ من المشروع الفرنسي الإيطالي . وراعى أن هذا المشروع قد استلهم في هذا الشأن ما ورد من الأحكام في التقنين الألماني والسويسري . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي في صدد هذا النص ما يأتي : ١٥ - يدخل الالتزام بتقديم شيء في نطاق الالتزامات المقررة بنس القانون . ويقتضى ترتيب هذا الالتزام اجتماع شروط ثلاثة : (أ) أولها أن يدعى شخص بحق يتعلق بشيء ، شخصيا كان الحق أم عينياً . (ب) والثاني أن يكون الشيء المدعى به في يد شخص آخر على سبيل الحيازة أو الإحراز ، سواء أكان هذا الشخص خصماً في الدعوى أم لم يكن خصماً فيها . (ج) والثالث أن يكون فعس الشيء ضرورياً للبث في الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه ، ويرجع تقدير هذه الضرورة للقاضي . فيجوز مثلاً لملك الشيء المسروق أن يطالب من يشتبه في حيازته به برضه عليه لبثت من ذاته . ويجوز كذلك لوارث المهندس أن يطلب تمكينه من معاينة الترميمات التي أجراها مورثه ، حتى يتسنى له أن يبين مدى حقه في الأجر بعد أن آل إليه هذا الحق من طريق الميراث . ٢ - فإذا كان الشيء الذي يطلب عرضه سنداً أو وثيقة فيلاحظ أمران : أولهما أن فعس الوثيقة قد يكون ضرورياً لا للبث في وجود الحق المدعى به وتبين مداه ، بل لجرد الاستناد إليها في إثبات حق للطالب . والثاني أن القاضي أن يأمر ، عند الاقتضاء ، بتقديم الوثيقة لمعكة لا مجرد عرضها على الطالب . فيجوز مثلاً لمشتري الأرض ، إذا تعهد بالودع بما بقى من ثمن آلة زراعية ملققة بها ، أن يطلب عرض الوثائق الخاصة بتعيين القدر الواجب أدائه من هذا الثمن . ويجوز كذلك لموظف يدعى أنه عزل تفسياً أن يطلب تقديم ملف خدمته للقضاء ، ليستخلص منه الدليل على التصف . ٣ - فإذا اجتمعت الشروط المتقدم ذكرها ، جاز للقاضي أن يأمر برض الشيء أو الوثيقة المطلوبة ، إلا أن يتسك الدين بمصلحة مشروعة أو سبب قوى للاعتناع ، كالحرس على حرمة سر عائلي مثلاً . والأصل في العرض أن يحصل حيث يوجد الشيء وقت رفع الدعوى ، ولكن يجوز للقاضي أن يحكم بغير ذلك ، كما هو الشأن في تقديم الشيء أمام القضاء . وتكون حققات العرض على عائق من يطلبه ، ويجوز إلزامه ، إذا رأى القاضي ذلك ، بتقديم تأمين لضمان تمويض ما قد يصيب محرز الشيء من ضرر من وراء هذا العرض . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٠ و ص ٤٩١ - ص ٤٩٢ في المالحس) .

وبعد أن حذف هذا النص الجامع ، لم يعد هناك إلا نصوص متناثرة في قوانين عمدة لا تتسح لما كان هذا النص يقسم له . من ذلك ما جاء في المادة ١٦ من قانون التجارة : « لا يجوز للمعكة في غير المنازعات التجارية أن تأمر بالاطلاع على الدفترين المتقدم ذكرهما ولا على دفتر الجرد إلا في مواد الأموال المشاعة أو مواد التراكات وقسمه الشركات وفي حالة الإفلاس ، وفي هذه الأحوال يجوز للمعكة أن تأمر من تلقاء نفسها بالاطلاع على تلك الدفاتر . » وما جاء في المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات الجديد : « يجوز للنصم في الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه =

، حيث الحال في الالتزامات القانونية المبينة على الإرادة المنفردة . وقد
أوردنا طائفة منها فيما قدمناه . فهذه أيضاً تتكفل النصوص القانونية التي
أنشأتها بتعيين أركانها وبيان أحكامها . وقد رأينا تطبيقاً لذلك في الإيجاب
الملزم . ولننقل الآن لتطبيق آخر في الوعد بجائزة ، ونفرد له مطلباً خاصاً .

المطلب الثاني

تطبيقاً خاص

الوعد بجائزة (الجمالة)

٩١٢ - **النصوص القانونية :** نصت المادة ١٦٢ من القانون المدني
الجديد على ما يأتي :

« ١ - من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بإعطاء
الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون
علم بها » .

« ٢ - وإذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل ، جاز له الرجوع في وعده
بإعلان للجمهور ، على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في
الوعد . وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ
إعلانه العدول للجمهور » (١) .

= تقديم أيقورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده : ١ - إذا كان القانون يحجر مطالبته بتقديمها
أو تسليمها . ٢ - إذا كانت مشتركة بينه وبين خصمه ، وتعتبر الورقة مشتركة على الأخص إذا كانت
بحرية لصاحبه الحصص أو كانت مثبتة لالتزاماتها وحقوقها المتبادلة . ٣ - إذا استند إليها خصمه
في أية مرحلة من مراحل الدعوى » . وما جاء في المادة ٢٥٩ من قانون المرافعات الجديد :
« يجوز المحكمة أثناء سير الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف أن تأذن في إدخال الغير لإثامه
بتقديم ورقة تحت يده ، وذلك في الأحوال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها في
الواد السابقة » . أنظر أيضاً المواد ١٨٥ إلى ١٨٨ من قانون المرافعات الجديد .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٢٩ من المشروع التمهيدي على الوجه
الآتي : « من وجه للجمهور وعداً أن يعطى جائزة لمن يقوم بعمل معين » ، ثم بإعطاء -

وقد أنشأ هذا النص التزاماً قانونياً بناءً على الإرادة المنفردة . فالنص ينص على
هو الذي يبين أركان هذا الالتزام القانوني ، وهو الذي يبين أحكامه .

= الحائزة لمن قام بهذا العمل ، حتى لو قام به دون نظر إلى الوعد بالحائزة . ٢ - وإذا لم يحدد
الواعد أجلاً للقيام بالعمل ، جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور ، على ألا يؤثر ذلك في
حق من قام بالعمل قبل الرجوع في الوعد . ٣ - أما إذا كان هناك من بدأ في العمل بحسن
نية قبل إعلان الرجوع في الوعد ، فإن الواعد ، ما لم يثبت أن التجاع المشهود لم يكن ليتحقق ،
يلتزم أن يرد إليه ما صرف على ألا يتجاوز في ذلك قيمة الحائزة الوعود بها . وتسقط الدعوى
باسترداد ما صرف بانقضاء ستة شهور من يوم إعلان الرجوع في الوعد .

وقد حذفت لجنة المراجعة الفقرة الثالثة اكتفاءً بعبارة تنص في آخر الفقرة الثانية وإدخال
بعض التعديلات اللفظية ، فأصبح النص النهائي ما يأتي : ١ - من وجه للجمهور وعداً بحائزة
يعطيها لمن يقوم بعمل معين التزم بإعطاء الحائزة لمن قام بهذا العمل ، حتى لو قام به دون نظر إلى
الوعد بالحائزة . ٢ - وإذا لم يحدد الواعد أجلاً للقيام بالعمل ، جاز له الرجوع في وعده
بإعلان للجمهور ، على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد . فإذا كان
قد بدأ العمل دون أن يتمه ، جاز الحكم له بتعويض عادل لا يتجاوز في أي حال قيمة الحائزة .
وأصبح رقم المادة ١٦٦ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل .
وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حرت مناقشات ضوئية ، انتهت بأن أصادت اللجنة إلى
الفقرة الأولى عبارة « أو دون علم بها » ، وهذه الإضافة تجعل النص أوضح لأن المقصود هو
أن يلتزم من يعد بإعطاء الحائزة بما تعهد بأدائه ما دام الطرف الآخر قد قدم بالنسبة الذي
خصصت الحائزة له ولو كان لم يعلم بهذا التعهد . وحذفت اللجنة من آخر الفقرة الثانية عبارة
« فإذا كان قد بدأ العمل دون أن يتمه جاز الحكم له بتعويض عادل لا يتجاوز في أي حال قيمة
الحائزة » ، وقد راعت اللجنة في الحذف أن تترك المسألة للقواعد العامة ، فضلاً عن أن نص
المشروع يفضي إلى منازعات كثيرة غير عادلة . وأضافت حكماً جديداً أفرغته في العبارة الآتية :
« وتسقط دعوى المطالبة بالحائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان المدول للجمهور » ،
وقد راعت اللجنة في هذه الإضافة أن تقطع السبيل على كل محاولة مصطنعة يراد بها استغلال الوعد
بالحائزة بعد إعلان المدول وحسم المنازعات التي تنشأ بسبب تقادم العهد على الحائزة وصعوبة
الإثبات ، ولذلك جعلت مدة السقوط ستة أشهر . وأصبح رقم المادة ١٦٢ . ووافق مجلس
الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٨ - ص ٣٤٩) .

وقد جاء في النظرة العامة للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي :
« عمد المشروع إلى إيراد أهم تطبيقات من تطبيقات الإرادة المنفردة ، ففرض أحكام الوعد بالحائزة
إذا وجه للجمهور ، وخالف المشروع الفرنسي الإيطالي بشأنها ، فلا يزال هذا المشروع مبنياً
على الأساس التعاقدى لذلك الوعد دون أن يشفع ذلك بتعليل شاف . وليس صحيحاً على وجه
البيان أن يقال إن هذا التكييف التعاقدى يرد إلى ما للوعد من خصيصية تبادلية ، وأن
الوعد لا يتم إلا برضا . يصدر من إرادتين (المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسي الإيطالي
ص ٥٦) ، فالواقع أنه لا يقصد إلى مجرد استظهار معنى إعطاء أحكام الوعد باشتراك إرادتين ، =

٩١٣ - أركان التزام الواعد بالجائزة . ويتبين من النص أن التزام

الواعد بجائزة يقوم بتوافر الأركان الآتية :

(١) أن تصدر من الواعد إرادة باتة ، وهذه هي الإرادة المنفردة . فيجب أن تصل الإرادة إلى مرحلة البتات كما في الإيجاب البات . ويجب أيضاً أن يكون الواعد ذا أهلية كاملة للالتزام بما وعد به . وأن تخلو إرادته من العيوب فلا يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . ويجب أن تقوم الإرادة على محل مستوف لشرائطه . ، وأن تتجه إلى سبب مشروع .

(٢) أن توجه الإرادة إلى الجمهور . فإذا وجهت إلى شخص معين أو أشخاص معينين ، خرجت عن أن تكون وعداً بجائزة بالمعنى المقصود . وسرت عليها قواعد الإيجاب فلا بد من أن يقرن بها القبول ، ونصبح عندئذ عقداً لا إرادة منفردة . فتوجه الإرادة إلى الجمهور ، أى إلى أشخاص غير معينين بالذات ، هو الذى يكسو الوعد بجائزة طابعه الذى يتميز به .

(٣) أن يكون توجيه الإرادة للجمهور عن طريق علنى . ويكون ذلك بطريق من طرق النشر المعروفة ، كالإعلان فى الصحف أو توزيع النشرات أو المناداة فى الطرقات . والمهم هو أن توجه الإرادة للجمهور بطريق علنى ، وأن تكون العلانية كافية حتى يتيسر لعدد كبير من الناس أن يعلم بهذه الإرادة.

(٤) أن تتضمن الإرادة أمرين على الأقل : (أولاً) جائزة معينة يلتزم الواعد بإعطائها للفائز بها . وقد تكون الجائزة مبلغاً من النقود ، أو شيئاً آخر له قيمة مالية كأسهم أو سندات أو سيارة أو منزل أو كتاب أو دفع نفقات رحلة أو نحو ذلك . ولا شئ يمنع من أن تكون الجائزة قيمتها أدبية ، كوسام أو شارة أو كأس أو أية علامة أخرى من علامات التقدير . (ثانياً) شيئاً معيناً يقوم به الفائز حتى يستحق الجائزة ، كالعنود على شئ ضائع أو وضع

= وهو ما يتحقق فى كل الأحوال . بل الجوهرى فى هذا الصدد هو إبراز وجه افراد الإرادة بترتيب التزام الواعد ، فهو يلتزم بعيشته وحدها إزاء من يقوم بالعمل المطلوب ولو كان يحمل صدور الوعد . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٦) .

أنظر فى نصوص التقديرات الحديثة فى الوعد بجائزة (م ٦٥٧ و ٦٥٨ من التقنين الألمانى وم ٨ من تقنين الالتزامات السويسرى وم ٤ من المشروع الفرنسى الإبطال) نظرية العقد المؤلف لفقرة ١٩٠ .

أفضل تصمم هندسى أو النجاح فى امتحان أو الفوز فى مسابقة أو الاهتداء إلى دواء أو الكشف عن اختراع أو نحو ذلك . ويستوى أن يكون الوعد قد حددت له مدة أو لم تحدد . فى الحالتين يلتزم الواعد ، ولكن كل حالة لها حكمها على ما سنرى .

٩١٤- أعلام الالتزام - الوعد مرت له مرة : إذا اجتمعت الأركان

المتقدمة الذكر . قام التزام الواعد ، وترتب عليه حكمه . وهنا يجب التمييز بين ما إذا كان الوعد قد حددت له مدة يجب إنجاز العمل المطلوب فى خلالها وما إذا لم تكن هناك مدة محددة .

فإذا كان الواعد قد حدد مدة اشترط أن يتم العمل فى خلالها ، التزم نهائياً بإرادته ، ولم يكن له حق الرجوع . فإذا انقضت هذه المدة دون أن يقوم أحد بالعمل المطلوب . انقضى التزام الواعد بانقضاء مدته ، ولو قام بعد ذلك شخص بهذا العمل . ولا يكون الواعد فى هذه الحالة مسئولاً نحو هذا الشخص بمقتضى الوعد . ولكن قد يكون مسئولاً نحوه بمقتضى الإثراء بلا سبب .

أما إذا تم القيام بالعمل المطلوب فى خلال المدة المحددة ، أصبح من قام بهذا العمل دائماً للواعد بالجائزة الموعودة . سواء قام بالعمل عن رغبة فى الحصول على الجائزة أو لم تكن عنده الرغبة ، بل سواء كان يعلم بالجائزة وقت قيامه بالعمل أو لم يكن يعلم بها ، وسواء أتم العمل بعد إعلان الجائزة أو قبل إعلانها (١) . وهذا هو الذى يجعل الالتزام بالوعد التزاماً بإرادة منفردة ، فإن الواعد يصبح ملتزماً بإعطاء الجائزة بمجرد أن يتم العمل ، حتى لو كان من قام بالعمل يجهل وجود الجائزة ، أو قام به قبل إعلان الجائزة . فلا يتصور أن يكون هناك عقد تم بينه وبين الواعد ، ولا يبقى إلا أن يكون

(١) وقد أضافت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ إلى آخر الفقرة الأولى من المادة ١٦٢ عبارة « أو دون علم بها » لتشمل الفقرة « الصور التى تكون فيها جوائز يعلن عنها الجمهور عن أعمال تمت قبل أو بعد الوعد ، ولو كان الشخص القائم بالعمل قد قام به دون علم بوجود الجائزة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٤٤ - ص ٣٤٥) .

الواعد قد التزم بإرادته المنفردة (١) .

٩١٥- الوعد لم تحدده مدة : أما إذا لم يحدد الواعد مدة يتم العمل في

حالاتها ، التزم الواعد رغم ذلك بالوعد الصادر منه . فإذا قام شخص بالعمل المطلوب في مدة معقولة (٢) استحق الجائزة حتى لو لم يكن يعلم بها . أو علم ولكنه قام بالعمل دون رغبة فيها ، لأن الواعد إنما يلتزم . كما قدمنا . بإرادته المنفردة .

ولكن الواعد . ما دام لم يحدد مدة لوعده ، يكون له حق الرجوع فيه . ويكون الرجوع في الوعد بالعلانية ذاتها التي تم بها الوعد . وهنا لا تخلو الحال ، في الفترة ما بين إعلان الوعد والرجوع فيه ، من أحد فرضين : فإما ألا يكون أحد قد أتم العمل المطلوب ، وإما أن يكون هناك من أتم هذا العمل .

فإذا لم يكن هناك أحد قد أتم العمل ، تحلل الواعد نهائياً من نتائج وعده بعد أن رجع فيه . وهذا صحيح على إطلاقه إذا لم يكن هناك أحد قد بدأ في تنفيذ العمل المطلوب . أما إذا كان هناك من بدأ في تنفيذ هذا العمل ولكنه لم يتمه ، فإن له الرجوع على الواعد بتعويض عادل ، هو قيمة ما أصابه من الضرر دون مجاوزة لمقدار الجائزة . ولكن لا بمقتضى الوعد الذي سقط بالرجوع فيه ، بل بمقتضى قواعد المسؤولية التقصيرية . ويرتب على ذلك أن

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « يجب التفريق بصد هذا الوعد بين ما إذا كان الواعد قد حدد مدة لوعده ، وبين ما إذا كان قد ترك المدة دون تحديد . ففي الحالة الأولى يلتزم الواعد نهائياً بمشيئته وحدها ، دون أن يكون له أن يعزل عن وعده خلال المدة المحددة . فإذا انقضت هذه المدة ولم يتم أحد بالعمل المطلوب ، تحلل الواعد من وعده ولو أنجز هذا العمل فيما بعد . أما إذا تم القيام بالعمل المطلوب قبل انتهاء المدة ، فيصبح من قام به دائماً بالجائزة من فوره ، ولو لم يصدر في ذلك عن رغبة في الحصول عليها ، بل ولو كان جاهلاً بالوعد . وفي هذا ما ينفي عن الوعد بالجائزة صفته التقديرية ، فهذه الصفة ليست في رأى المشرع من مستلزماته » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٩) .

(٢) قول في مدة معقولة لأن التزام الواعد ، كما سترى ، معلق على شرط واقف هو قيام شخص بالعمل المطلوب في وقت يحدده فيه القيام بهذا العمل . وإذا وقع خلاف في تقدير المدة المعقولة فصل القاضي في ذلك .

الرجوع على الواعد في هذه الحالة يتقدم بالمدة التي تنقضي بها المسئولية التقصيرية أو ثلاث سنوات من وقت علم الدائن بالضرر الذي أصابه وبالمسؤول عنه أو بخمس عشرة سنة من وقت وقوع الضرر (١).

أما إذا كان العمل المطلوب قد تم قبل رجوع الواعد ، استحق من قام بالعمل الجائزة كاملة ، ولم يؤثر في حقه رجوع الواعد في وعده . ذلك أنه أتم العمل قبل الرجوع . أي في وقت كان الوعد فيه قائماً وكان الواعد ملتزماً ، فأصبح دائماً بالجائزة بمجرد أن قام بالعمل . ولا يؤثر في حقه هذا أن يكون قد قام بالعمل دون نظر إلى الجائزة ، أو أن يكون قد قام به وهو لا يعلم بالجائزة أو قبل إعلان الجائزة ، نرى جميع هذه الأحوال يكون الواعد ملتزماً بالجائزة

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « أما في الحالة الثانية ، حيث لا يحدد أجل لأداء العمل المطلوب ، فيلتزم الواعد رغم ذلك بالوعد الصادر من جانبه . ولكن يكون له أن يبدل عنه ، وفقاً للأوضاع التي صدر بها ، بأن يحصل المدول علناً بطريق النشر في الصحف أو اللصق مثلاً . ولا تخلو الحال في الفترة التي تخفى بين إعلان الوعد والرجوع فيه من أحد فروض ثلاثة : (أ) فإذا لم يكن قد بدى في تنفيذ العمل المطلوب ، تحمل الواعد نهائياً من نتائج وعده . (ب) وإذا كان قد بدى في تنفيذ هذا العمل دون أن يبلغ مرحلة الإتمام ، التزم الواعد أن يرد إلى من بدأ في هذا التنفيذ ما أخفقه ، على ألا يجاوز في ذلك قيمة الجائزة الموعود بها . ولا يعتبر الوعد الذي عدل عنه أساساً لهذا الالتزام ، بل هو يرد في أساسه إلى أحكام المسئولية التقصيرية المقررة في نصوص القانون . ونسقط هذه المسئولية في حالتين : أولاً حالة سقوط الدعوى باسترداد ما أخفقه باقتضاء ستة أشهر من يوم إعلان الرجوع في الوعد ، والثانية حالة إقامة الواعد الدليل على أن النجاح المنشود لم يكن ليتحقق لو أن ما بدى في تنفيذه قد تم ، إذ تعتمد في هذه الحالة رابطة السببية بين الضرر الذي أصاب من تحمل الفقات ورجوع الواعد في وعده . وكذلك يكون الشأن في حالة البدء في تنفيذ العمل المطلوب قبل إعلان المدول وإتمامه بعد هذا المدول . (ج) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٩ - ص ٣٤٠) .

ويلاحظ أن المشروع التمهيدى (م ٢٢٩ فقرة ٣) كان ينص على ما يأتي : « أما إذا كان هناك من بدأ في العمل بحسن نية قبل إعلان الرجوع في الوعد ، فإن الواعد ، ما لم يثبت أن النجاح المنشود لم يكن ليتحقق ، يلتزم أن يرد إليه ما صرف على ألا يجاوز في ذلك قيمة الجائزة الموعود بها . ونسقط الدعوى باسترداد ما صرف باقتضاء ستة شهور من يوم إعلان الرجوع في الوعد . وهذا يفسر ما ورد في المذكرة الإيضاحية في هذا الشأن . وقد عدلت لجنة المراجعة هذا النص ، كما قدمنا ، على الوجه الآتي : « فإذا كان قد بدأ العمل دون أن يتنه ، جاز الحكم له بتعويض عادل ، لا يجاوز في أى حال قيمة الجائزة . » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٨ و ٣٤١) .

وذلك بمقتضى إرادته المنفردة (١)

وهناك إذن أحوال ثلاثة يكون الواعد فيها ملتزماً بالجائزة كاملة بمقتضى إرادته المنفردة: (١) إذا حدد مدة وقام الفائز بالعمل في خلال هذه المدة . (٢) إذا لم يحدد مدة ولم يرجع في وعده وقام الفائز بالعمل . (٣) إذا لم يحدد مدة ورجع في وعده ولكن الفائز قام بالعمل قبل الرجوع . وفي الحالتين الأولتين يتقادم التزام الواعد بخمس عشرة سنة وفقاً للقواعد العامة ، لأنه التزام إرادي ولم يرد في تقادمه نص خاص . وفي الحالة الثالثة يسقط التزام الواعد إذا لم ترفع دعوى المطالبة بالجائزة في خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان الرجوع وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ١٦٢ وقد تقدم ذكرها . والظاهر أن هذه المدة الأخيرة هي مدة إسقاط (déchéance) لا مدة تقادم (prescription) ، فلا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع والسبب في قصر المدة في الحالة الثالثة ، وفي جعلها مدة إسقاط لا مدة تقادم ، هو - كما جاء في تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ - قطع السبيل على كل محاولة مصطنعة يراد بها استغلال الوعد بجائزة بعد إعلان العدول ، وحسم المنازعات التي تنشأ بسبب تقادم العهد على الجائزة . وصعوبة الإثبات (٢) .

(١) أنظر في هذا المعنى المذكورة الإيضاحية للمشروع التهديدي (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣٤٠) . وجاء في المذكرة ذاتها ختاماً لهذا الموضوع ما يأتي :

« وليس يبقى بعد هذا سوى بعض مسائل تفصيلية عرضت لها التفتيشات الأجنبية بأحكام تشريعية خاصة ، وأغفل المشروع ذكرها ، مكثفياً في شأنها بتطبيق القواعد العامة . فاللادة ٦٥٩ من التقنين الألماني تنص على أنه « إذا قد عمل الذي بذلت الجائزة من أجله أكثر من شخص واحد ، كانت الجائزة للأسبق . فإذا تعدد المنفذون في وقت واحد ، كانت الجائزة سوية بينهم » (أنظر أيضاً المادة ١٧ من كل من التقنين التونسي والمراسم) . وكذلك تنص المادة ٦٦٠ من التقنين الألماني على أنه « إذا تعاون عدة أشخاص في تحقيق النتيجة التي بذلت الجائزة من أجلها ، وجب على الواعد أن يقسم الجائزة بينهم على أساس تقدير عادل ، قوامه ما يكون لكل منهم من نصيب في تحقيق هذه النتيجة » . ويقضى التقنين البولوني في المادة ١٠٦ بطلان « الوعد الموجه إلى الجمهور بمنح جائزة لأفضل عمل يقدم في مسابقة ، إذا لم يحدد الإعلان ميعاداً لتقديم في هذه المسابقة . ويكون للواعد الحق في تقرير ما إذا كان هناك عمل لمنح الجائزة ، ولأى عمل تمنح ، إلا إذا كان قد بين في إعلانه طريقاً آخر للفصل في نتيجة المسابقة . ولا يكسب الواعد ملكية العمل الذي استحق الجائزة ، أو حقوق منتهية فيه ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بهذا الحق في الإعلان » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣٤٠ - من ٣٤١) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ من ٣٤٧ .

ويمكن القول . من ناحية التكييف القانوني ، إن الواعد بالجائزة رتب في ذمته التزاماً بإرادته المفردة - من وقت توجيه هذه الإرادة إلى الجمهور - لدائن غير معين أن يعطيه الجائزة إذا هوف قام بالعمل المطلوب . فيكون الالتزام معلقاً على شرط واقف هو قيام شخص بالعمل المطلوب في المدة المعينة أو في مدة معقولة . فإذا تحقق الشرط أصبح الالتزام حالاً ، ولا يتقدم إلا بخمس عشرة سنة من وقت تحقق الشرط . وهذا في غير الحالة الثالثة التي ورد فيها نص خاص جعل مدة التقدم ستة أشهر .

7

8

فهرس مجمل مشملاا الكما

صفءة

كلاء افءاأاأة

مقدمة : نظرة فى الآقنن المءنى المءىء

كف وء - وكف ءكون آفسره - ومااءءء من أءكام - وما ىرسمن آءاءاء عامه	١
(١) آقنن الآقنن المءنى :	٢
١ - كف قامء فكراء الآقنن	٢
أ (عىوب الآقنن المءنى القءم	٢
العىوب الموضوعة	٢
العىوب الشكلاء	٧
ب) الآقنن الشامن	٩
ج) الظروب الآى نباء فمها فكراء الآقنن	١١
٢ - كف آءقء فكراء الآقنن (المءان الآى آعافباء على	
آقنن القانون المءنى)	١٣
اللءنة الأولى	١٣
اللءنة الشاناء	١٥
اللءنة الشالاء والأآراء	١٦
(٢) القواعد الآى قام علبها الآقنن :	٢٦
١ - كف عولاء عىوب الآقنن القءم	٢٦
أ (كف عولاء العىوب الشكلاء	٢٦
(أولاً) الآوب	٢٦
(آاناً) اللغة والألوب	٣٢
ب) كف عولاء العىوب الموضوعة	٣٣
٢ - مصادرا الآقنن وطرق الآفسر فى القانون المءىء	٣٤
أ (نصوص الآقنن المءنى القءم وأءكام القضاء المصرى	٣٤

صفحة

- ١ (أولاً) ما الذي استقاه التقنين الجديد من هذا المصدر ... ٣٤
(ثانياً) كيف تفسر النصوص التي استقيت من القضاء المصري
والتقنين المدني القديم ... ٣٦
٢ (ب) الفقه الإسلامي ... ٤٤
(أولاً) ما الذي استقاه التقنين الجديد من هذا المصدر ... ٤٤
(ثانياً) كيف تفسر النصوص التي استقيت من الشريعة
الإسلامية وكيف استخلص منها الأحكام باعتبارها مصدراً
رسمياً ... ٤٨
٣ (ج) التقنيات الحديثة ... ٥٠
(أولاً) ما الذي استقاه التقنين الجديد من هذا المصدر ... ٥٠
(ثانياً) كيف تفسر النصوص التي استقيت من التقنيات الحديثة ... ٥٢
٣ (٣) الفروق الجوهرية ما بين التقنينين القديم والجديد : ... ٥٨
١ - ما استحدث التقنين الجديد من أحكام لم يكن معمولاً بهما من قبل ... ٥٨
١ (أ) موضوعات كاملة ... ٥٨
(أولاً) المؤسسات ... ٥٨
(ثانياً) الإعسار المدني ... ٦٠
(ثالثاً) حوالة الدين ... ٦١
(رابعاً) تصفية التركة ... ٦٢
٢ (ب) مسائل تفصيلية متنوعة ... ٦٢
٢ - ما قن التقنين الجديد من أحكام كان معمولاً بها من قبل ... ٧٠
١ (أ) الأحكام التي قررها القضاء المصري في ظل التقنين القديم
دون نص فتنها التقنين الجديد ... ٧٠
٢ (ب) الأحكام التي كانت تقوم على نص تشريعي ... ٧٢
نصوص كانت معيبة فهدبت ... ٧٢
نصوص كانت في مكان آخر فنتقلت إلى التقنين المدني ... ٧٢
٤ (٤) الاتجاهات العامة للتقنين الجديد : ... ٧٤
١ - موقف التقنين الجديد من الاتجاهات العامة للتقنيات الحديثة ... ٧٤
١ (أ) مبدأ سلطان الإرادة ... ٧٧
٢ (ب) النظرية الشخصية والنظرية المادية للالتزام ... ٨١
٣ (ج) نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة ... ٨٣
٤ (د) التصرف المسبب والتصرف المجرد ... ٨٧
٢ - التقنين الجديد بين الاستقرار والتطور وبين الفرد والجماعة ... ٨٨

صفحة

٨٩	١ (المعنى الجديد بين الاستقرار و تطور
٨٩	عوامل التطور في التقنين الجديد
٨٩	(١) المعيار الزمني
٩١	(٢) سلطة القاضي التقديرية
٩٣	عوامل الاستقرار في التقنين الجديد
٩٣	(١) المعايير الموضوعية
٩٦	(٢) الإرادة الطاهرة
٩٦	(ب) التقنين الجديد بين الفرد واجتماعه
٩٧	حاجة التقنين الجديد للفرد
٩٨	حاجة التقنين الجديد لجماعه

الكتاب الاول

من القانون ملدنى الجديد

الالتزامات بوجه عام

١٠٣	كلمة تمهيدية في التعريف بالالتزام
١٠٣	١ § - تحديد مركز نظرية الالتزام في القانون المدنى
١٠٦	٢ § - المذهبان الشخصى والمادى في الالتزام
١١٢	٣ § - اختيار تعريف للالتزام
...	٤ § - أهمية نظرية الالتزام وتأثيرها بالعوامل الاجتماعية والاقتصادية
١١٤	والأدبية

مصادر الالتزام

١١٩	مقدمة في ترتيب مصادر الالتزام
١٢٠	١ § - من أين أتى الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام
١٢٣	٢ § - نقد الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام
١٢٧	٣ § - الترتيب الحديث لمصادر الالتزام

الباب الاول

المسند

صفحة

١٣٧	١ - تعريف العتق
١٤١	٢ - مبدأ سلطان الإرادة
١٤٩	٣ - تقسيم العقود
١٥٠	٤ - العقد الرضائي والعقد الشكلي والالتزام
١٥٤	٥ - العقد المسمى والعقد غير المسمى
١٥٧	٦ - العقد البسيط والعقد المختلط
١٥٨	٧ - العقد الملزم لجانبيين والعقد الملزم لجانب واحد
١٦٢	٨ - عقد المعاوضة وعقد التبرع
١٦٣	٩ - العقد المحدد والعقد الاحتمالي
١٦٥	١٠ - العقد القوري والعقد الزماني

الفصل الأول - أركان العقد

١٧٠	١ - لفرع الأول - التراضي
١٧١	المبحث الأول - وجود التراضي
١٧٤	المطلب الأول - التعبير عن الإرادة
١٧٤	١ - التعبير الصادر من الأصيل (التعبير الصريح والتعبير الضمني)
١٧٤	الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة - متى ينتج التعبير أثره
١٨٩	٢ - التعبير الصادر من النائب (النياية في التعاقد - تعاقد الشخص مع نفسه)
٢٠٥	المطلب الثاني - توافق الإرادتين
٢٠٦	١ - التعاقدان في مجلس واحد
٢٠٦	٢ - صدور الإيجاب
٢٠٦	الراحل التي يمر بها الإيجاب (المفاوضات - الإيجاب المعلق - الإيجاب البات)
٢٠٨	القوة الملزمة للإيجاب
٢١١	سقوط الإيجاب
٢١٣	ب) اقتران الإيجاب بالقبول
٢٢٠	ج) حالات خاصة في القبول
٢٢٠	الحالة الأولى - مجرد السكوت قد يكون قبولا
٢٢٠	الحالة الثانية - تنفيذ العقد قد يقوم مقام القبول
٢٢٦	الحالة الثالثة - القبول في عقود المزارع
٢٢٩	الحالة الرابعة - القبول في عقود الإذعان

صفحة

الحالة الخاصة - قبول في عقود الجمع و في العقود المنوطة	٢٣٥
٢٤٩ - التعاقدان لاجتماعهما مجلس واحد (التعاقد بالمراسلة أو فيما بين	
العائنين)	٢٣٧
٢٣٩ (أ) العقد والقوانين الأجنبية (الإعلان - التصدير - التسليم - العلم)	
ب) أحكام القانون المصري (القانون القديم - القانون الجديد)	٢٤٥
المطلب الثالث - مرحلة تمهيدية في التعاقد	٢٤٩
٢٤٩ - الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي	
٢٥١ (أ) كيف يتعقد الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي	
ب) الآثار التي تترتب على الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي	٢٥٦
٢٥٩ - العربون	
المبحث الثاني - صحة التراضي	٢٦٤
المطلب الأول - الأهلية	٢٦٥
٢٦٦ - النظرية العامة في الأهلية	
٢٧٢ - أحكام الأهلية	
٢٧٢ (أ) تأثير الأهلية بالنسبة	
ب) تأثير الأهلية بعوامل أخرى غير السن (عوارض الأهلية)	٢٧٩
المطلب الثاني - عيوب الإرادة	٢٨٧
٢٨٩ - الغلط	
٢٩٣ (أ) متى يكون الغلط جوهرياً وعلى أى شيء يقع	
ب) كيف يتصل التعاقد الآخر بالغلط (الغلط المشترك والغلط	
الفردى)	٣٠٨
٣١٨ - التدليس	
(أ) عناصر التدليس (طرق احتيالية - الدفع إلى التعاقد - التدليس	
الصادر من الغير)	٣١٩
ب) نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس	٣٢٢
٣٣٤ - الإكراه	
(أ) استعمال وسائل للإكراه تهدد بخطر جسيم محقق	٣٣٨
ب) رهبة تحمل على التعاقد	٣٤٧
ج) الجهة التي صدر منها الإكراه (الإكراه الصادر من التعاقد	
الآخر والإكراه الصادر من الغير)	٣٥١
٣٥٥ - الاستغلال	
(أ) عناصر الاستغلال (العنصران الموضوعي والنفسي)	٣٦٢
ب) الجزاء الذي يترتب على الاستغلال	٣٧٠

صفحة

الفرع الثانى - المحل	٣٧٥
المبحث الأول - المحل موجود أو يمكن	٣٧٦
١ - المحل موجود (المحل المستقبل والتركبة المستقبلية)	٣٧٦
٢ - المحل ممكن	٣٨٣
المبحث الثانى - المحل معين أو قابل للتعيين	٣٨٦
١ - كيفية تعيين المحل	٣٨٧
٢ - تعيين محل الالتزام إذا كان نقوداً (شرط الذهب)	٣٨٩
المبحث الثالث - المحل قابل للتعامل فيه	٣٩٧
المطلب الأول - الاتفاقات التى تخالف النظام العام	٤٠٢
١ - روابط القانون العام (الخربات العامة - النظم الإدارية والمالية - النظام القضائى - القوانين الجنائية)	٤٠٢
٢ - روابط القانون الخاص (الأحوال الشخصية - المعاملات المالية)	٤٠٩
المطلب الثانى - الاتفاقات التى تخالف الآداب	٤١١
الفرع الثالث - السبب	٤١٣
المبحث الأول - كيف نشأت نظرية السبب	٤١٧
المطلب الأول - نظرية السبب فى القانون الرومانى	٤١٧
١ - العهد القديم	٤١٧
٢ - العهد المدرسى	٤١٩
المطلب الثانى - نظرية السبب فى القانون الفرنسى القديم	٤٢٤
١ - نظرية السبب فى العهد الذى سبق دوما	٤٢٥
٢ - نظرية السبب منذ عهد دوما إلى عهد التتتين المدنى الفرنسى	٤٢٩
المبحث الثانى - نظرية السبب فى القانون الحديث	٤٣٥
المطلب الأول - النظرية التقليدية فى السبب	٤٣٦
١ - معنى السبب فى النظرية التقليدية والشروط الواجب توافرها فيه	٤٣٧
(أ) تحديد معنى السبب فى النظرية التقليدية	٤٣٧
(ب) الشروط الواجب توافرها فى السبب	٤٤٠
٢ - خصوم السبب وأنصاره	٤٤٥
(أ) خصوم السبب	٤٤٥
(ب) أنصار السبب	٤٤٧

صفحة

المطلب الثاني - النظرية الحديثة في السبب ٤٥١

١§ - استبعاد النظرية التقليدية ٤٥١

٢§ - الأخذ بالنظرية الحديثة التي تقوم على الدافع الدائم إلى التعاقد ٤٥٦

٣§ - التصرف المجرد ٤٦٣

المطلب الثالث - نظرية السبب في القانون المصري الجديد ٤٧١

١§ - اعتناق القانون الجديد للنظرية الحديثة في السبب ٤٧١

٢§ - الفصل - بين منطقة السبب ومنطقة الغلط القانون الجديد ٤٧٧

٣§ - إثبات السبب ٤٨٢

الفرع الرابع - الجزاء : نظرية البطلان ٤٨٦

المبحث الأول - الآثار التي تترتب على العقد الباطل والعقد القابل

للإبطال ٤٩٥

المطلب الأول - الآثار العرضية لعقد الباطل ٤٩٦

١§ - نظرية تحول العقد ونظرية النقص العقد ٤٩٧

٢§ - نظرية الخطأ عند تكوين العقد ٥٠٣

المطلب الثاني - الآثار الأصلية لعقد الباطل ٥١٢

المبحث الثاني - الإجازة والتقدم ٥١٣

المطلب الأول - الإجازة ٥١٤

١§ - العقد الباطل ٥١٤

٢§ - العقد القابل للإبطال ٥١٥

المطلب الثاني - التقدم ٥١٩

١§ - العقد الباطل ٥١٩

٢§ - العقد القابل للإبطال ٥٢٢

المبحث الثالث - تقرير البطلان (دعوى البطلان) ٥٢٥

المطلب الأول - من الذي يتمتع بالبطلان ٥٢٦

١§ - العقد الباطل ٥٢٦

٢§ - العقد القابل للإبطال ٥٢٨

المطلب الثاني - كيف يتقرر البطلان ٥٣٠

١§ - العقد الباطل ٥٣٠

٢§ - العقد القابل للإبطال ٥٣١

صفحة

المطلب الثالث - أثر تقرير البطلان	٥٣٢
١§ - فيما بين المتعاقدين	٥٣٤
٢§ - بالنسبة إلى الغير	٥٣٨

الفصل الثاني - آثار العقد

الفرع الأول - قوة العقد الملزمة بالنسبة إلى الأشخاص	٥٤٠
المبحث الأول - أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين	٥٤٠
المطلب الأول - الخلف العام	٥٤١
المطلب الثاني - الخلف الخاص	٥٤٥
المبحث الثاني - أثر العقد بالنسبة إلى الغير	٥٥٣
المطلب الأول - التعهد عن الغير	٥٥٦
١§ - قبول الغير للتعهد	٥٥٩
٢§ - رفض الغير للتعهد	٥٦١
المطلب الثاني - الاشتراط لمصلحة الغير	٥٦٢
١§ - كيف تطورت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير وما وصلت إليه في تطبيقاتها العملية	٥٦٦
٢§ - شروط تحقق قاعده الاشتراط لمصلحة الغير	٥٧٣
٣§ - أحكام الاشتراط لمصلحة الغير	٥٧٧
الفرع الثاني - قوة العقد الملزمة بالنسبة إلى الموضوع	٥٩٠
المبحث الأول - تحديد موضوع التعاقد	٥٩١
المطلب الأول - تفسير العقد	٥٩١
١§ - عبارة العقد واضحة	٦٠١
٢§ - عبارة العقد غير واضحة	٦٠٥
٣§ - قيام الشك في التعرف على إرادة المتعاقدين	٦١٤
المطلب الثاني - تحديد نطاق العقد	٦١٦
المطلب الثالث - إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد (العهدة - شريطة المتعاقدين)	٦٢٣
١§ - تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه	٦٢٣
٢§ - نظرية الحوادث الطارئة	٦٢٩

صفحة

٦٣٢ ...	(أ) التطور التاريخي لنظرية الحوادث الطارئة
٦٤٢ ...	(ب) نظرية الحوادث الطارئة في القانون المدنى الجديد
٦٥٣ ...	المبحث الثانى - المسئولية العقدية (جزاء العقد)
٦٥٥ ...	المطلب الأول - الخطأ العقدى
٦٥٦ ...	١ § - الخطأ العقدى فى مسئولية المدين عن عمله الشخصى
٦٦٥ ...	٢ § - المسئولية العقدية عن الغير وعن الأشياء
٦٦٥ ...	(أ) المسئولية العقدية عن الغير
٦٧٠ ...	(ب) المسئولية العقدية عن الأشياء
٦٧١ ...	٣ § - تعديل قواعد المسئولية العقدية
٦٧٩ ...	المطلب الثانى - الضرر
٦٨٠ ...	١ § - الضرر المادى والضرر الأدبى
٦٨٠ ...	(أ) الضرر المادى
٦٨١ ...	(ب) الضرر الأدبى
٦٨٣ ...	٢ § - مدى التعويض عن الضرر
٦٨٧ ...	المطلب الثالث - علاقة السببية بين الخطأ والضرر

الفصل الثالث - زوال العقد

٦٩٤ ...	الفرع الأول - فسخ العقد
٦٩٦ ...	المبحث الأول - الفسخ بحكم القضاء
٦٩٦ ...	المطلب الأول - شروط المطالبة بالفسخ
٦٩٨ ...	١ § - لا يكون الفسخ إلا فى العقود الملزمة للجائين
٧٠٠ ...	٢ § - لا يكون الفسخ إلا إذا لم يتم أحد التعاقدين بتنفيذ التزامه
٧٠١ ...	٣ § - لا يكون الفسخ إلا إذا كان الدائن مستعداً لالتزام بالتزامه
٧٠١ ...	وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها
٧٠٢ ...	المطلب الثانى - كيف يستعمل حق الفسخ
٧٠٨ ...	المطلب الثالث - ما يترتب على الفسخ من أثر
٧١٤ ...	المبحث الثانى - الفسخ بحكم الاتفاق
٧٢٢ ...	المبحث الثالث - انقضاء العقد بحكم القانون
٧٢٧ ...	الفرع الثانى - الدفع بعدم تنفيذ العقد

صفحة

- المبحث الأول - متى يمكن التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد ... ٧٢٩
المبحث الثاني - كيف يمكن التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد ... ٧٣٤
المبحث الثالث - ما يترتب من الأثر على الدفع بعدم تنفيذ العقد ... ٧٣٦

الباب الثاني

العمل غير المشروع

(المسؤولية التقصيرية)

- تمهيد ٧٤٣
§ ١ - التمييز بين المسؤولية الأدبية والمسؤولية القانونية ... ٧٤٣
§ ٢ - التمييز بين المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية ... ٧٤٤
§ ٣ - التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية ... ٧٤٨
§ ٤ - تطور المسؤولية التقصيرية ... ٧٦٢

الفصل الأول

المسؤولية عن الأعمال الشخصية

- الفرع الأول - أركان المسؤولية التقصيرية ... ٧٧٥
المبحث الأول - الخطأ ... ٧٧٦
المطلب الأول - تحديد فكرة الخطأ في المسؤولية التقصيرية ... ٧٧٧
§ ١ - الركن المادي : التعدي ... ٧٧٩
مقياس التعدي مقياس موضوعي لا مقياس ذاتي ... ٧٧٩
حالات ثلاث تجعل التعدي عملاً مشروعاً ... ٧٨٦
حالة الدفاع الشرعي ... ٧٨٦
حالة تنفيذ أو صادر من الرئيس ... ٧٩٠
حالة الضرورة ... ٧٩٢
§ ٢ - الركن المعنوي : الإدراك ... ٧٩٦
أ (الشخص الطبيعي ... ٧٩٩
ب (الشخص المعنوي ... ٨٠٦

صفحة

المطلب الثاني - تطبيقات مختلفة لفكرة الخطأ	٨١٠
١٥ - الخروج عن حدود الرخصة أو عن حدود الحق	٨١٢
حوادث النقل والسيارات والسكك الحديدية وغيرها من وسائل النقل	٨١٣
حوادث العمل	٨١٩
المسؤولية عن الأخطاء الفنية في مزاولة المهنة	٨٢١
الاعتماد على الشرف والسعة	٨٢٥
فسخ الخطبة والإغواء	٨٢٧
حالات أخرى مختلفة في الخطأ التقصيري	٨٣١
٢٤ - التمسك و استعمال الحق	٨٣٤
(أ) التطور التاريخي لنظرية التعسف في استعمال الحق	٨٣٥
(ب) الأساس القانوني لنظرية التعسف في استعمال الحق والمعيار الذي تأخذ به	٨٤١
(ج) تطبيقات مختلفة لنظرية التعسف في استعمال الحق	٨٥١
المبحث الثاني - الضرر	٨٥٤
المطلب الأول - الضرر المادى	٨٥٥
١٥ - الاخلال بمصلحة مالية للمضروب	٨٥٦
٢٥ - تحقق الضرر	٨٥٨
المطلب الثاني - الضرر الأبدى	٨٦٤
المبحث الثالث - علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر	٨٧٢
المطلب الأول - انعدام السببية لقيام السبب الأجنبي	٨٧٥
١٥ - القوة القاهرة أو الحادث الفجائى	٨٧٦
٢٥ - خطأ المضروب	٨٨١
استفراق أحد الخطأين للخطأ الآخر	٨٨٣
أحد الخطأين هو نتيجة الخطأ الآخر	٨٨٧
الخطأ المشترك	٨٨٨
٣٥ - خطأ الغير	٨٩٦
المطلب الثاني - انعدام السببية لأن السبب غير منتج أو غير مباشر	٩٠٢
١٥ - تعدد الأسباب	٩٠٣
(أ) تعدد الأسباب مع استفراق سبب منها للأسباب الأخرى	٩٠٣
(ب) تعدد الأسباب دون استفراق	٩٠٤
نظرية تكافؤ الأسباب	٩٠٤

صفحة

٩٠٥	نظرية السبب المنتج
٩٠٨	٢ - تسلسل النتائج (تعاقب الأضرار أو الضرر غير المباشر)
٩١٥	الفرع الثاني - آثار المسؤولية
٩١٦	لمبحث الأول - دعوى المسؤولية
٩١٦	المطلب الأول - طرفا الدعوى
٩١٦	١§ - المدعى
٩١٦	أ) غير المضرور ليس له حق في التعويض
٩١٨	ب) حق التعويض لمضرور
٩٢٠	ج) حق التعويض لكل مضرور
٩٢٣	٢§ - المدعى عليه
٩٢٤	تعدد المسئولين
٩٣١	المسؤول إذا ارتكب الخطأ جماعة
٩٣٢	المطلب الثاني - الطلبات والدفع
٩٣٢	١§ - طلبات المدعى
٩٣٢	سبب الدعوى
٩٣٥	موضوع الدعوى
٩٣٥	٢§ - دفع المدعى عليه
٩٣٦	الدفع بالاعتذار
٩٤٠	المطلب الثالث - الإثبات
٩٤٠	١§ - عبء الإثبات
٩٤٤	٢§ - وسائل الإثبات
٩٤٤	ارتباط القاضي المدني بالحكم الجنائي
٩٥٦	المطلب الرابع - الحكم الصادر في دعوى المسؤولية
٩٥٧	١§ - طرق الطعن في الحكم الصادر في دعوى المسؤولية
٩٥٧	الطعن بطريق النقض
٩٦١	٢§ - الآثار التي تترتب على الحكم الصادر في دعوى المسؤولية
٩٦١	الحكم ليس هو مصدر الحق في التعويض
٩٦٣	الحكم يقوم الحق في التعويض ويقويه
٩٦٤	المبحث الثاني - جزاء المسؤولية
٩٦٤	المطلب الأول - التعويض في صورته العادية المألوفة
٩٦٤	١§ - طريقة التعويض

صفحة

التفويض العيني	٩٦٦
التعويض غير التقدي	٩٦٧
التعويض التقدي	٩٦٧
٢ § - تقدير التعويض	٩٦٨
الظروف الملازمة التي من شأنها أن تؤثر في تقدير التعويض	٩٧١
الضرر المتغير والنوع الذي يقدر فيه	٩٧٤
التفقة المؤقتة	٩٧٦
المطالب الثاني - التعويض في صورته المعدلة الموصوفة	٩٧٧
١ § - الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية	٩٧٧
الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو على التخفيف منها	٩٧٩
الاتفاق على التشديد في المسؤولية التقصيرية	٩٨٠
٢ § - التأمين على المسؤولية	٩٨١
٣ § - اجتماع طرفين للتعويض	٩٨٦
اجتماع التعويض مع مبلغ التأمين	٩٨٦
اجتماع التعويض مع التفقة أو الأيراد	٩٨٨

الفصل الثاني

المسؤولية عن عمل الغير والمسؤولية الناشئة عن الأشياء

الفرع الأول - المسؤولية عن عمل الغير	٩٩٢
المبحث الأول - مسؤولية من يجب عليه الرقابة عن هم في رقابته	٩٩٢
المطلب الأول - متى تتحقق مسؤوليته متولى الرقابة	٩٩٥
١ § - متولى الرقابة	٩٩٥
٢ § - صدور عمل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة	١٠٠٢
المطلب الثاني - الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية متولى الرقابة	١٠٠٤
ما هو الخطأ المفترض في جانب متولى الرقابة	١٠٠٥
كيف ينفي متولى الرقابة الخطأ المفترض	١٠٠٦
كيف ينفي متولى الرقابة علاقة السببية	١٠٠٧
قيام مسؤولية الشخص الخاضع للرقابة إلى جانب مسؤولية متولى الرقابة	١٠١٠
المبحث الثاني - مسؤولية المتبوع عن التابع	١٠١٢
المطلب الأول - متى تتحقق مسؤولية المتبوع	١٠١٤
١ § - علاقة التبعية	١٠١٤

صفحة

عنصر السلطة الفعلية	١٠١٥
عنصر الرقابة والتوجيه	١٠١٦
٢§ - خطأ التابع في حالة تأدية وظيفته أو بسببها	١٠٢٣
خطأ يرتكبه التابع يضر بالغير	١٠٢٣
حال تأدية الوظيفة أو بسببها	١٠٢٤
الخطأ في تأدية الوظيفة	١٠٢٧
الخطأ بسبب الوظيفة	١٠٢٨
الخطأ بمناسبة الوظيفة	١٠٣٥
الخطأ الأجنبي عن الوظيفة	١٠٣٧
المطلب الثاني - الأساس الذي تقوم عليه مسئولية المتبوع	١٠٣٩
١§ - تكييف مسئولية المتبوع	١٠٤٠
الخطأ المفترض	١٠٤١
تحمل المتبعة	١٠٤٥
مسئولية عن الغير (الضمان والنيابة والحلول)	١٠٤٦
٢§ - قيام مسئولية التابع إلى جانب مسئولية المتبوع	١٠٤٩
الفرع الثاني - المسئولية الناشئة عن الأشياء	١٠٥٢
المبحث الأول - مسئولية حارس الحيوان	١٠٥٢
المطلب الأول - متى تتحقق مسئولية حارس الحيوان	١٠٥٤
١§ - حراسة الحيوان	١٠٥٥
الحراسة	١٠٥٥
الحيوان	١٠٥٨
٢§ - إحداث الحيوان ضرراً للغير	١٠٥٩
فعل الحيوان	١٠٥٩
الضرر الذي يحدثه الحيوان	١٠٦٠
المطلب الثاني - الأساس الذي تقوم عليه مسئولية حارس الحيوان	١٠٦٣
١§ - ما هو الخطأ	١٠٦٣
خطأ في الحراسة	١٠٦٣
٢§ - إلى أي حد هو مفترض	١٠٦٤
الافتراض لا يقبل إثبات العكس	١٠٦٤
جواز نفي المسئولية بنفي علاقة السببية	١٠٦٥
المبحث الثاني - مسئولية حارس البناء	١٠٦٦
المطلب الأول - متى تتحقق المسئولية عن تهمد البناء	١٠٦٩

صفحة

١٠٧٠	حراسة البناء	§ ١
١٠٧٠	الحراسة	
١٠٧٢	البناء	
١٠٧٢	٢ - تهم البناء هو الذى أحدث الضرر	§ ٢
١٠٧٢	ما يعتبر تهماً	
١٠٧٣	ما لا يعتبر تهماً	
١٠٧٥	المطلب الثانى - الأساس الذى تقوم عليه المسئولية عن تهم البناء	
١٠٧٥	١ - ما هو الخطأ	§ ١
١٠٧٦	٢ - إلى أى حد هو مفترض	§ ٢
	الخطأ المفترض ذو شقين ، أحدهما قابل لإثبات العكس والآخر	
١٠٧٦	غير قابل لذلك	
١٠٧٧	الخطأ المفترض لا يقوم عند قيام علاقة عقدية	
١٠٧٨	المبحث الثالث - مسئولية حارس الأشياء	
١٠٨٦	المطلب الأول - متى تتحقق مسئولية حارس الأشياء	
١٠٨٦	١ - حراسة شئ تقتضى حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية	§ ١
١٠٨٦	الحراسة	
١٠٨٨	الشئ	
١٠٨٩	٢ - وقوع الضرر بفعل الشئ	§ ٢
١٠٩١	فعل الشئ وفعل الانسان	
١٠٩٦	المطلب الثانى - على أى أساس تقوم مسئولية حارس الأشياء	
١٠٩٧	١ - ما هو الخطأ	§ ١
١٠٩٧	خطأ فى الحراسة	
١٠٩٨	٢ - إلى أى حد هو مفترض	§ ٢
١٠٩٨	الاقتراض لا يقبل إثبات العكس	
١١٠٠	جواز نفي المسئولية بنفى علاقة السببية	

الباب الثالث

الاثراء بلا سبب

١١٠٣	تمهيد
١١٠٤	التطور التاريخى لمقاعدة الاثراء بلا سبب

صفحة

القانون الرومانى	١١٠٤
القانون الفرنسى القديم	١١٠٦
الفقه الاسلامى	١١٠٧
القانون الانجليزى	١١٠٨
القانون الفرنسى الحديث	١١٠٩
القانون المصرى القديم	١١١٢
القانون المصرى الجديد	١١١٤

الفصل الاول

القاعدة العامة : الاثراء بلا سبب

التأصيل القانونى لقاعدة الاثراء بلا سبب	١١١٧
الفضالة الناقصة	١١١٧
العمل غير المشروع	١١١٨
تحمل التبعة	١١١٩
قاعدة مستقلة تقوم بذاتها	١١٢٠
الفرع الاول - أركان الاثراء بلا سبب	١١٢٢
المبحث الأول - إثراء المدين	١١٢٢
الاثراء الايجابى والاثراء السلبى	١١٢٣
الاثراء المباشر والاثراء غير المباشر	١١٢٥
الاثراء المادى والاثراء المعنوى	١١٢٨
المبحث الثانى - افتقار الدائن	١١٣٠
الافتقار الايجابى والافتقار السلبى	١١٣٢
الافتقار المباشر والافتقار غير المباشر	١١٣٣
الافتقار المادى والافتقار المعنوى	١١٣٣
السببية المباشرة بين الافتقار والاثراء	١١٣٣
المبحث الثالث - انعدام السبب	١١٣٥
اختلاف الفتواء فى تحديد معنى السبب	١١٣٦
المعنى الأدبى	١١٣٦
المعنى الاقتصادى القانونى	١١٣٦
معنى السبب فى القانون المصرى الجديد	١١٣٨
السبب هو العذر القانونى المسبب للاثراء	١١٣٨

صفحة

١١٣٩	السبب في الاثراء عقد
١١٤٣	السبب في الاثراء حكم من أحكام القانون
						المبحث الرابع - لا ضرورة لأن تكون دعوى الاثراء دعوى احتياطية
١١٤٥	أو أن يكون الاثراء باقياً وقت رفع الدعوى
١١٤٥	موقف القانون المدني الجديد
١١٤٧	المطلب الأول - لا ضرورة لأن تكون دعوى الاثراء دعوى احتياطية
١١٤٧	§ ١ - القانون الفرنسي
						اتفاق الفقه والقضاء بادی الأمر على أن تكون دعوى الاثراء
١١٤٧	دعوى احتياطية
١١٤٨	تزعزع الفقه الفرنسي عن موقفه
١١٥١	§ ٢ - القانون المصري
١١٥١	الفقه والقضاء في مصر
١١٥٥	القانون المصري الجديد
١١٦٠	المطلب الثاني - لا ضرورة لأن يكون الاثراء قائماً وقت رفع الدعوى
١١٦٠	القانون المصري الجديد
١١٦١	الرأى المعارض
١١٦٤	نقض الرأى المعارض
١١٦٨	الفرع الثاني - أحكام الاثراء بلا سبب
١١٦٨	المبحث الأول - الدعوى
١١٦٨	§ ١ - طرفا الدعوى
١١٦٨	أ (المدعى
١١٦٩	ب (المدعى عليه
١١٧٢	§ ٢ - الطلبات والدفع
١١٧٢	أ (طلبات المدعى
١١٧٣	ب (دفع المدعى عليه - الدفع بالتأدم
١١٧٥	§ ٣ - الاثبات
١١٧٥	أ (عبء الاثبات
١١٧٥	ب (وسائل الاثبات
١١٧٦	§ ٤ - الحكم
١١٧٦	أ (الطعن في الحكم بطريق النقض
١١٧٧	ب (الآثار التي تترتب على الحكم
١١٧٩	المبحث الثاني - الجزاء أو التعويض

صفحة

التعويض هو أقل قيمتي الافتقار والاثراء	١١٧٩
١§ - كيف يقدر الاثراء	١١٨١
(١) الاثراء ملكية انتقلت إلى ذمة المثرى	١١٨١
هل يجوز أن يكون الاثراء عيناً تبقى في ملكية المفقّر	١١٨١
الاثراء نقد دخل في ذمة المثرى	١١٨٢
الاثراء تحسينات استحدثها المفقّر في مال المثرى	١١٨٢
ب) الاثراء منفعة أو خدمة أو عمل أو إثراء سلبي	١١٨٢
٢§ - كيف يقدر الافتقار	١١٨٤
(١) تقدير مدى الافتقار	١١٨٤
ب) وقت تقدير الافتقار	١١٨٤
٣§ - ما يقرن بالتعويض من ضمانات	١١٨٦
التعويض دين شخصي لا امتياز له	١١٨٦
الحق في الحبس	١١٨٦

الفصل الثاني

دفع غير المستحق والفضالة

الفرع الأول - دفع غير المستحق	١١٨٧
المبحث الأول - أركان دفع غير المستحق	١١٨٧
المطلب الأول - حالتا دفع غير المستحق	١١٨٩
١§ - الوفاء بدين غير مستحق من بادىء الأمر	١١٨٩
(١) الركن الأول - دين غير مستحق وقت الوفاء به	١١٨٩
الدين منعدم من الأصل	١١٨٩
الدين مؤمل الاستحقاق ولكنه لم يستحق أولاً يستحق	١١٩٠
الدين استحق ولكنه انقضى قبل الوفاء به	١١٩١
ب) الركن الثاني - عمل من أعمال الوفاء يشوبه عيب عياله	١١٩١
قابلاً للإبطال	١١٩٢
العيب الذى يشوب الوفاء (الغلط والاكراه ونقص الأهلية)	١١٩٣
٢§ - الوفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق	١١٩٧
(١) الركن الأول - وفاء صحيح بدين مستحق الأداء	١١٩٧
ب) الركن الثاني - زوال سبب الدين بعد أن تم الوفاء به	١١٩٧
المطلب الثاني - تكليف الالتزام برد ما أخذ دون حق	١١٩٩

صفحة

تجليل حالتي دفع غير المستحق وردهما إلى قاعده الإثراء	
بلا سبب ١١٩٩	
التمييز بين دين في الذمة وعين معينه بالذات ... ١٢٠١	
المبحث الثاني - أحكام دفع غير المستحق ... ١٢٠٢	
المطلب الأول - المدعى والمدعى عليه في دعوى استرداد غير المستحق ١٢٠٢	
أ (المدعى ١٢٠٢	
ب (المدعى عليه ١٢٠٣	
المطلب الثاني - بمآذ يطالب المدعى المدعى عليه في دعوى استرداد	
غير المستحق ١٢٠٣	
§ ١ - المدفوع له حسن النية ١٢٠٤	
أ (المدفوع نقود أو أشياء منقبة ١٢٠٥	
ب (المدفوع عين معينة بالذات ١٢٠٦	
رد العين ١٢٠٦	
رد الثمار واسترداد المصروفات ١٢٠٦	
حالة هلاك العين أو تلفها أو ضياعها ١٢١١	
حالة خروج العين من يد المدفوع له إلى يد أخرى ... ١٢١٢	
§ ٢ - المدفوع له سوء النية ١٢١٤	
أ (المدفوع نقود أو أشياء منقبة ١٢١٤	
ب (المدفوع عين معينة بالذات ١٢١٥	
رد العين والثمار واسترداد المصروفات ١٢١٥	
حالة هلاك العين أو تلفها أو ضياعها ١٢١٦	
حالة خروج العين من يد المدفوع له إلى يد أخرى ... ١٢١٦	
§ ٣ - حالتان ذواتا أحكام خاصة ١٢١٨	
(١) الوفاء بالدين المؤجل قبل حلول الأجل ١٢١٨	
(٢) الوفاء لناقص الأهلية ١٢٢١	
المطلب الثالث - سقوط دعوى استرداد غير المستحق ... ١٢٢٣	
§ ١ - تجرد المدفوع له حسن النية من سند الدين أو من تأييداته	
أو تركه دعواه تسقط بالتقادم ١٢٢٣	
§ ٢ - سقوط الدعوى بثلاث سنوات ١٢٢٦	
الفرع الثاني - الفضالة ١٢٢٨	
المبحث الأول - أركان الفضالة ١٢٢٨	

صفحة

المطلب الأول - قيام الفضولى بشأن عاجل لرب العمل ... ١٢٣١

١ § - تصرف قانونى أو عمل مادى ١٢٣١

(ا) انتصرف انقانونى ١٢٣١

(ب) العمل المادى ١٢٣٣

٢ § - شأن عاجل لرب العمل ١٢٣٥

مجرد النفع لا يكفى ١٢٣٥

بل يجب أن يكون العمل « ضرورياً » ١٢٣٦

المطلب الثانى - نية الفضولى فى أن يعمل لمصلحة رب العمل ... ١٢٣٧

١ § - الفضولى على بينة من أمره ١٢٣٧

القصد عند الفضولى هو الذى يميز الفضالة عن الاثراء بلا سبب ١٢٣٧

جواز أن يعمل الفضولى لمصلحة نفسه ولمصلحة رب العمل فى وقت سعى ١٢٣٩

٢ § - الفضولى على غير بينة من أمره ١٢٣٩

... لا يكون فضولياً من ظن أنه يعمل لمصلحة نفسه فاذا به

يعمل لمصلحة غيره ١٢٣٩

ولكن يكون فضولياً من ظن أنه يعمل لمصلحة شخص فاذا

به يعمل لمصلحة شخص آخر ١٢٤٠

المطلب الثالث - الفضولى يقوم بعمل هو غير ملزم به ولا موكل

فيه ولا منهى عنه ١٢٤١

١ § - موقف الفضولى من الشأن العاجل ١٢٤١

لا يعتبر فضولياً من يكون ملزماً بتولى شأن الغير ... ١٢٤١

٢ § - موقف رب العمل من الشأن العاجل ١٢٤٢

رب العمل لا يعلم بالفضالة ١٢٤٢

رب العمل يعلم بالفضالة ١٢٤٣

المبحث الثانى - أحكام الفضالة ١٢٤٦

المطلب الأول - التزامات الفضولى ١٢٤٦

١ § - التزامات الفضولى الأربعة ١٢٤٧

(ا) الالتزام الأول - مضى الفضولى فى العمل الذى بذله إلى أن

يمكن رب العمل من مباشرته بنفسه ١٢٤٧

(ب) الالتزام الثانى - إخطار الفضولى رب العمل بتدخله

متى استطاع ذلك ١٢٤٨

(ج) الالتزام الثالث - بذل عناية الشخص العادى فى القيام

بالعمل ١٢٤٩

صفحة

الخطأ في الفضالة	١٢٥١
نائب الفضولى	١٢٥٣
التضامن في المسئولية عند تعدد الفضولى...	١٢٥٤
د (الالتزام الرابع - تقديم الفضولى حساباً لرب العمل ورد ما استولى عليه بسبب الفضالة ...	١٢٥٥
٢§ - ما تشترك فيه التزامات الفضولى من أحكام	١٢٥٦
أ) أهلية الفضولى	١٢٥٦
ب) أثر موت الفضولى أو موت رب العمل في التزامات الفضولى	١٢٥٩
موت الفضولى	١٢٦٠
موت رب العمل	١٢٦٠
ج) تقدم التزامات الفضولى	١٢٦١
المطلب الثانى - التزامات رب العمل	١٢٦٢
١§ - التزامات رب العمل الأربعة	١٢٦٤
أ) الالتزام الأول - تنفيذ التعهدات التى عقدها الفضولى بالنيابة عنه	١٢٦٤
ب) الالتزام الثانى - تعويض الفضولى عن التعهدات التى عقدها هذا باسمه شخصياً	١٢٦٥
ج) الالتزام الثالث - رد النفقات الضرورية والنافعة ودفع الأجر	١٢٦٦
د) الالتزام الرابع - تعويض الفضولى عن الضرر الذى لحقه	١٢٦٨
٢§ - ما تشترك فيه التزامات رب العمل من أحكام	١٢٦٩
أ) أهلية رب العمل	١٢٦٩
ب) أثر موت رب العمل أو موت الفضولى في التزامات رب العمل	١٢٦٩
ج) تقدم التزامات رب العمل	١٢٧٠

الباب الرابع القانون

تمهيد	١٢٧٥
كيف يكون القانون مصدراً مباشراً للالتزام	١٢٧٦
المبحث الأول - النص هو الذى يذشء الالتزام القانونى	١٢٧٩
المطلب الأول - الالتزامات القانونية التى تستند إلى الوقائع المادية	١٢٧٩
الالتزامات السلبية	١٢٧٩

